

---

## De los ECAES, la autonomía universitaria y el Derecho

**Hernán Darío Vergara Mesa**

Abogado y Magíster en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas, Universidad de Antioquia. Actualmente se desempeña  
como Decano de dicha dependencia académica.

Correo electrónico: [decanaturaderecho@quimbaya.udea.edu.co](mailto:decanaturaderecho@quimbaya.udea.edu.co)

## Resumen

El presente artículo realiza un análisis general de la Ley 1324 de 2009, “*Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES*”, para lo cual se abordan, entre otros, asuntos tales como la autonomía universitaria, la evaluación de la educación superior y su tendencia privatizadora, al tiempo que se plantean cuestionamientos respecto de la definición y pertinencia de tales procesos evaluativos. Finalmente, se esbozan unas reflexiones generales alrededor de los exámenes de Estado en el área del Derecho.

**Palabras clave:** Ley 1324 de 2009, autonomía universitaria, evaluación de la educación superior, ECAES, exámenes de Estado en Derecho.

## De los ECAES, la autonomía universitaria y el Derecho

Éste no pretende ser un artículo de análisis jurídico de la reciente Ley 1324 del 13 de julio de 2009, “*Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES*”, aunque puede tener algo de eso, si tenemos en cuenta que los antecedentes de la citada ley necesariamente nos conducen al conflicto entre la autonomía universitaria y las competencias del ejecutivo en el ejercicio de vigilancia de la educación, máxime teniendo en cuenta que ella es producto de una exigencia jurisdiccional por razones de control constitucional.

El propósito, más bien, consiste en aprovechar este nuevo hecho legislativo como un motivo para, por un lado, confirmar la contradictoria realidad colombiana sobre este tema y, por otro, abrir nuevamente la discusión en torno a la pertinencia, conveniencia y viabilidad de la aplicación de los exámenes de Estado en áreas de formación humanística, como el derecho. Por ello, el análisis se ubica en el entorno exclusivo de la educación superior, en cuanto ella es objeto de los Exámenes de Estado.

### 1. Los contrastes de la autonomía universitaria colombiana

Nunca en Colombia, como ahora, habíamos tenido una proclamación tan clara y contundente de la autonomía universitaria, no sólo desde la perspectiva constitucional, sino también desde la legal y la jurisprudencial. Los mandatos que la Carta Política ha emitido en torno a esta garantía institucional, han sido desarrollados en gran parte por la Ley 30 de 1992, así como también aplicados y complementados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, desde el año 1992, se ha encargado de fijar alcances que la autonomía en general, y la universitaria en particular, tienen en el contexto del derecho nacional.

La autonomía universitaria se ejerce de conformidad con la ley, según los términos del artículo 69 de la Constitución. La Ley 30 de 1992 definió su núcleo, que para el caso de las universidades estatales u oficiales comprende *organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud*.<sup>1</sup> En este punto, el derecho positivo de nuestro país cumplió acertadamente parte de la labor encomendada por el constituyente para salvaguardar la garantía de un acceso al conocimiento en estas instituciones libre de las intromisiones del poder político.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha desarrollado otra parte fundamental en la definición del alcance de la autonomía universitaria que se reconoce en la

---

<sup>1</sup> Artículo 57 de la Ley 30 de 1992, “*por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”.

Constitución. En múltiples decisiones de control constitucional abstracto, así como también en otras de tutela, la Corte ha clarificado, complementado y corregido la labor del órgano legislativo en esta materia, profundizando aún más el sentido de esta garantía constitucional, ante todo en relación con las universidades oficiales. Son múltiples los casos en donde se observa esta interesante labor jurisprudencial, por lo cual sólo cabe referirse a los tres más importantes:

- i) La categórica defensa de la autonomía e independencia de las universidades oficiales, como instituciones públicas que no se encuentran dentro de la estructura de las ramas del poder público, con lo cual las pone en el plano de los órganos independientes a los que se refiere el artículo 113 de la Constitución.<sup>2</sup> Esta es una importante declaración, en la medida en que se descartan los lazos de dependencia (adscripción o vinculación) de estas entidades con el poder ejecutivo, alrededor del cual se les había considerado como una especie de establecimiento público.<sup>3</sup>
- ii) La declaración de una autonomía universitaria que obra en el plano de lo académico y de lo administrativo. Históricamente, la defensa de esta autonomía se reconocía en el campo estrictamente académico, a partir de las libertades de cátedra e investigación, lo cual garantizaba a la universidad un grado superlativo de autodeterminación en temas como la definición de sus objetivos de formación, planes de estudio, estrategias pedagógicas y metodológicas, evaluación, disciplina, entre otros, la cual, incluso, tuvo consecuencias en el ámbito judicial al abrir la discusión y definición de los llamados “actos académicos”, que al menos el Consejo de Estado aceptó como una actividad pública “incontrolable” por la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa,<sup>4</sup> estimación que aún hoy se conserva.

La novedad que la Corte introduce consiste en que a esa autonomía académica la acompaña una autonomía administrativa, que garantiza que estas instituciones de educación superior, las que están organizadas como entes universitarios autónomos, tengan plena capacidad para definir sus políticas y su normatividad en materia contractual, presupuestal, fiscal, de salud, disciplinaria y de personal.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-220 de 1997*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, abril 29 de 1997.

<sup>3</sup> Es importante tener presente que la Ley 30 de 1992 conserva la categoría de establecimiento público para aquellas instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

<sup>4</sup> Sobre los actos académicos y su relación con la autonomía universitaria, puede consultarse Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998. págs. 447-452.

<sup>5</sup> El derecho a definir sus propias normas en los ámbitos de la carrera administrativa y de lo disciplinario, es muestra evidente de la profundización de la autonomía universitaria a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en las sentencias C-560 de 2000 y C-829 de

- iii) La exigibilidad de una reserva de ley en todos aquellos casos en los cuales deba regularse una materia que pueda incidir en la autonomía universitaria.<sup>6</sup> Esto supone la inviabilidad de los reglamentos provenientes del poder ejecutivo en la definición o afectación de la garantía institucional ya mencionada.

Como se puede observar, la proclamación de la autonomía universitaria ha tenido en el derecho positivo colombiano, durante los años que tiene de vigencia la Constitución actual, un desarrollo que podríamos calificar de formidable. Se han recogido los elementos que históricamente le han pertenecido a la universidad, esto es, los que aluden a su autodeterminación académica (esos mismos que para su aceptación no requirieron durante muchos años una consagración constitucional perentoria), pero a ellos se han sumado una serie de garantías institucionales de orden administrativo, que hacen de la universidad pública colombiana una tipología de entidad estatal descentralizada, con especiales diferencias en el orden organizacional y jurídico, por tanto no susceptible de ser tratada con los derroteros tradicionales aplicables a las demás organizaciones estatales.

Esta realidad jurídica contrasta con hechos legislativos o normativos que empiezan a vislumbrarse desde hace aproximadamente siete años. En este período hemos asistido a un sistemático desmonte del reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria, y para ello no se ha modificado la Carta Política de la cual se han derivado los avances que antes se describieron, sino que más bien ello se ha hecho a partir de la expedición de normas, leyes y decretos del ejecutivo, que de un modo casi imperceptible para la ciudadanía en general, han propiciado vejámenes a tal garantía.

El recuento empieza con la Ley 749 de 2002, a partir de la cual se ha expedido una serie de decretos reglamentarios,<sup>7</sup> mediante los cuales se establecen unas condiciones mínimas de calidad que deben ser acreditadas por las instituciones de educación superior para el ofrecimiento y desarrollo de programas académicos. Sobre estas normas, la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias en las que ha verificado la inconstitucionalidad de no pocas de ellas por afectación de la

---

2002, respectivamente. Estos dos son ámbitos en los cuales siempre se ha reconocido el carácter soberano del órgano legislativo del Estado en la definición de una normatividad de carácter general.

<sup>6</sup> Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia T-002 de 1994*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, enero 13 de 1994; *Sentencia C-299 de 1994*. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, junio 30 de 1994; *Sentencia C-006 de 1996*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, enero 18 de 1996; *Sentencia C-053 de 1998*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, marzo 4 de 1998; *Sentencia C-782 de 2007*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá, septiembre 26 de 2007.

<sup>7</sup> Entre ellos el Decreto 2566 de 2003.

autonomía universitaria y de la reserva de ley,<sup>8</sup> lo que ha conducido, entre otras, a la expedición de la Ley 1324 del 13 de julio de 2009 que, se repite, tiene por objeto fijar los “*parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES.*”

No obstante, resulta lamentable la manera cómo las exigencias de la Corte tratan de satisfacerse con esta ley; da la impresión de que la misma fue expedida más por cumplir con la formalidad de que aspectos fundamentales de la educación superior universitaria, como es el caso de la evaluación, sean regulados directamente por el legislador y no por el ejecutivo. Pero en el fondo se trata de lo mismo, la etiqueta es diferente pero el producto es similar, con la ostensible diferencia de que con la nueva ley, las facultades del Gobierno Nacional se amplían y fortalecen respecto de todos los niveles de las pruebas, su concepción, elaboración, aplicación y manejo. En otras palabras, con la nueva ley, no sólo el acomodamiento de las existentes pruebas ECAES es perfectamente posible, sino que su margen de modificación depende de una alta discrecionalidad del ejecutivo, autorizada por el mismo legislador, lo que pone en evidencia un grave riesgo a la autonomía universitaria por cuenta de los órganos administrativos, todo por el indebido cumplimiento de la labor legislativa.

El proceso que se advierte con esta nueva norma es el inverso a la dinámica de la producción normativa estatal, en la que las normas de inferior jerarquía supeditan su contenido y alcance a las normas superiores; aquéllas son el desarrollo de éstas, como parte del proceso de aplicación particular al que tienden todas las normas constitucionales o legales. En este caso, lo que sucede es que el legislador ajustó la norma a los criterios e instrumentos que el Gobierno había diseñado para la evaluación de la educación superior, los cuales se venían aplicando desde hace ya más de cinco años. Esto quiere indicar que el reglamento supeditó el contenido y alcance de la ley, y no al contrario.

## **2. La Ley 1324 de 2009 y la tendencia privatizadora de la evaluación de la educación superior**

Como ya se ha venido indicando, el 13 de julio pasado se expidió la Ley 1324 de 2009. Entre los múltiples detalles que se encuentran en esta norma, hay uno en especial que llama la atención por las implicaciones que tiene para la concepción estatal o no estatal de ciertas tareas que se desprenden del Estado Social de Derecho en un país como Colombia, y que específicamente tienen relación con la educación superior. Y hablo de detalles, porque si damos una mirada general a la

---

<sup>8</sup> Precisamente aquellas sentencias que declararon la inconstitucionalidad de los anteriores ECAES y anteceden la expedición de la Ley 1324 de 2009: sentencias C-852 de 2005, C-782 de 2007 y C-162 de 2008.

manera como la citada ley está organizada y presentada, podría pensarse que su objeto principal es la definición de los criterios y parámetros para desarrollar el sistema de evaluación de la calidad de la educación, y que, de paso, se aprovecha para hacer la transformación jurídica y administrativa de un organismo estatal que tiene amplia relevancia en el tema, como es el Instituto Colombiano de Fomento a la Educación Superior -ICFES-.

No obstante, el trasfondo más significativo de la Ley 1324 de 2009 está precisamente en esto último. La transformación de dicho Instituto implica un cambio significativo en la manera como el Estado colombiano concibe la evaluación del servicio público de educación, dentro del que se destaca la educación superior. A partir de la Ley 1324, el ICFES, que era un establecimiento público, se transforma en una “Empresa estatal de carácter social del sector de Educación Nacional”, modalidad de entidad que se asume con una naturaleza especial por recoger diversos regímenes jurídicos, es decir, por moverse entre el derecho público (en materia de actos y empleados) y el derecho privado (en materia de contratación). De ahora en adelante el ICFES es una *empresa*,<sup>9</sup> y ese dato es muy importante, porque en la teoría de la administración pública la tipología de empresa se utiliza inequívocamente cuando está de por medio una actividad reputada como comercial en la cual incursiona el Estado, pero que por ello mismo no es de su exclusivo resorte o responsabilidad.<sup>10</sup>

Debe tenerse en cuenta que en el régimen del sector público las denominaciones organizativas corresponden y deben corresponder a la naturaleza de las funciones que se cumplen, dependiendo de si ellas son o no estatales. La idea de rama ejecutiva, la más compleja de todas las que contempla el Estado colombiano, se cristaliza en una tipología de entidades, con objetos, propósitos y regímenes jurídicos diferentes; por esa misma razón, las modalidades y denominaciones que se asignen a las entidades públicas (establecimiento, empresa, sociedad), están sujetas a la naturaleza de tales actividades, lo cual implica que la utilización de un modelo específico de organismo público está supeditada a la actividad que el mismo está llamado a cumplir dentro de la dinámica estatal. Así por ejemplo, cuando se utiliza la forma de establecimiento público, la actividad que está llamada a desempeñarse allí es de naturaleza administrativa (función administrativa);<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> El fenómeno es muy cercano a lo que sucedió con los establecimientos públicos hospitalarios, que se transformaron en “Empresas Sociales del Estado” a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (artículos 194 a 197)

<sup>10</sup> Tafur Galvis, Álvaro. *La huida de la Administración hacia el Derecho Privado*. En: *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Santafé de Bogotá, 1997. págs. 100-101.

<sup>11</sup> El ICFES estaba organizado como un establecimiento público antes de la Ley 1324 de 2009, esto implicaba que tenía el carácter de adscrito al Ministerio de Educación Nacional. La adscripción se ha reconocido como una de las características más importantes de las entidades públicas que cumplen una función administrativa estatal.

cuando se utiliza la forma de empresa industrial y comercial del Estado<sup>12</sup> o de sociedad de economía mixta, la actividad se reputa de naturaleza industrial o comercial. En ambos casos, los regímenes jurídicos y el control son diametralmente opuestos.

Lo anterior lleva a concluir al menos dos cosas. La primera, que la organización, administración y aplicación del Sistema de Evaluación de los resultados de la calidad de la educación, entre ellos el de la educación superior, no tienen un perfil definido en la nueva ley, pues al organismo que, por ahora, le corresponde cumplir estas funciones –el ICFES– se le somete tanto al derecho público como al derecho privado. Y da la impresión de que la indefinición sobre un régimen legal uniforme corresponde, más que a una falta de claridad sobre el tema, al propósito de que los cambios en este sentido sean imperceptibles, por lo que ellos significan privatización de una actividad que se ha considerado estatal.<sup>13</sup>

La segunda, que las características que la misma ley imprime al nuevo ICFES, concretamente las de ser una *empresa vinculada que puede prestar servicios por encargo especial de entidades públicas y privadas, de las cuales deriva ingresos*, permiten confirmar una fuerte tendencia a que la referida actividad no sea estimada más como una función administrativa a cargo del Estado colombiano,<sup>14</sup> sino como una “mercancía” que se vende y se compra, como la prestación de un servicio de índole privado que por ahora el ente estatal está dispuesto a prestar por intermedio del ICFES, pero que por no ser esencial dentro de las tareas públicas, en el futuro puede dejar en manos de particulares.<sup>15</sup>

Este trasfondo de la Ley 1324 de 2009 es, por sí mismo, preocupante, pues esto le dará al aludido sistema de evaluación unas connotaciones y unas características difíciles de vislumbrar, pero, ante todo, podría *relajar* todo tipo de control sobre lo

---

<sup>12</sup> Con la Ley 1324 de 2009, como se dijo, el ICFES pasa a ser una empresa de carácter social; la norma se cuida de calificarla como “empresa industrial y comercial del Estado”, pero cuando el artículo 12 de la Ley alude a que esta empresa de carácter social estará vinculada al Ministerio de Educación Nacional, está ratificando su asimilación sustancial a las empresas industriales y comerciales. La vinculación es un rasgo inequívoco de la estimación mercantil de una actividad. Lo que parece curioso por esta misma razón es que la ley sujete esta entidad, en cuanto a sus actos, al derecho público.

<sup>13</sup> El fenómeno de la privatización de lo público ha sido tradicionalmente polémico. Sin embargo, se puede aludir a ella sin problemas en aquellos eventos en los que hay traspaso de funciones, servicios o recursos de lo público a lo privado. Ver: Hernández, Pedro Alfonso. *Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia*. Editorial Legis. Bogotá, 1999. pág. 58.

<sup>14</sup> El análisis sería totalmente distinto, si la actividad se siguiera reputando como administrativa, pero se autorizara para su cumplimiento la participación de particulares, pues en dicho caso estaríamos ante la figura de la descentralización por colaboración. Ello ocurre por ejemplo con el servicio notarial.

<sup>15</sup> Manifestación contundente del carácter mercantil del servicio de evaluación que se comenta, está en el artículo 12 de la Ley 1324 de 2009, inciso 2º y en el numeral 2º en el aparte que se refiere a las fuentes de recursos del ICFES.

que allí se realice, toda vez que, mientras una actividad permanezca dentro de la órbita de la función pública, tendrá todas las posibilidades de ser controlada mediante los mecanismos y acciones propias del derecho público en cuanto al cumplimiento de los principios que se estipulan en la Constitución Nacional, en especial los de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Lo que empieza a ocurrir con el sistema de evaluación de la educación superior es otra manifestación de lo que, en los años noventa, algunos denominaron “huída de lo público hacia el derecho privado”, y eso no puede entenderse sino como privatización.

### 3. ¿Evaluación para quién y para qué?

La revisión integral de la ley permite establecer que en ella no se definen con claridad los objetivos de los exámenes de Estado, esto es, si constituyen instrumentos para evaluar el nivel de los estudiantes universitarios colombianos, como lo indicaban los documentos oficiales del Ministerio de Educación Nacional en vigencia de los ECAES, o son instrumentos para evaluar la calidad de los programas académicos de las distintas universidades del país, como a la postre se ha reflejado ante la opinión pública por los medios de comunicación pero también por el uso que se ha dado a los resultados ECAES por parte del citado Ministerio.<sup>16</sup> Si la pretensión es esta última, habría que decir que hay una duplicidad de esfuerzos y de recursos para obtener objetivos similares, dada la existencia de los procesos de autoevaluación y acreditación institucionales y de programas que establecen las normas legales y que son desarrollados por los mismos organismos del Ministerio de Educación Nacional.

En este punto es importante recalcar que los Exámenes de Estado, de la manera como aparecen concebidos en la nueva ley, van a propiciar posiblemente los mismos efectos que las anteriores pruebas ECAES. Ellas generaron en la opinión pública la idea de que es por su intermedio que se mide la calidad de los programas de educación superior, de tal suerte de que el programa de una universidad de la cual sus estudiantes logren destacarse en dichos exámenes, es presentada como el mejor; y en las mismas universidades esta idea genera la necesidad de trabajar en función de esta prueba, más que en función del obvio *proceso* de formación, que es complejo y que debe medirse, como en efecto se mide, en los procesos de autoevaluación con fines de acreditación, con la ponderación de diversos factores de calidad como los profesores (su vinculación, su experiencia, su nivel de estudios, etc.), planes de estudio, diseños curriculares, capacidad administrativa, física y financiera, selección y administración de los estudiantes, bienestar universitario, investigación, extensión, entre otros. Estos factores no se pueden sopesar en una prueba de aplicación instantánea, con sistemas evaluativos

---

<sup>16</sup> Ejemplo de este uso, es que ellos son actualmente parte de los indicadores del SUE.

discutibles para muchos campos<sup>17</sup> -los tipo test o de respuesta única- y exclusivamente desde uno solo de los actores de la relación educativa, como son los estudiantes.

Un sistema de evaluación como la que se prevé en los exámenes de Estado puede inducir a las universidades, como en efecto ya ha sucedido, a prácticas perversas desde el punto de vista de su proyecto institucional: es probable que la forma como se están presentado al público (como índice de calidad de las universidades) promueva en muchas de ellas la reducción de sus actividades a la preparación de sus estudiantes para que obtengan un buen rendimiento en ellas. En efecto, las pruebas de Estado que hasta ahora hemos conocido, terminaron generando un ranking de universidades; éste es un mensaje preocupante, en el sentido de propiciar una competencia entre las universidades, que las desvía del verdadero cometido de formación que su misión les exige, enfocando sus esfuerzos en el resultado de una prueba y no en un proceso. De esa manera, para el mismo Gobierno Nacional, a quien le compete la vigilancia de la calidad de la educación, se produce un efecto contraproducente, pues a las universidades y a las facultades les resultará más atractivo preparar a los estudiantes para estas pruebas, que asumir el exigente proceso de autoevaluación y acreditación de alta calidad que, es de suponer, mide de manera integral la realidad, la pertinencia, la capacidad y la competencia de las instituciones para diseñar sus programas, implementarlos y desarrollarlos.

Así las cosas, los fallos emitidos por la Corte Constitucional en diversos momentos, desde la sentencia C-852 del año 2005, pero especialmente en la sentencia C-782 de 2007, destacan la inconstitucionalidad e ilegitimidad de que estas pruebas se desarrollen con base en la exclusiva potestad reglamentaria del Presidente de la República, sin contar con un marco legal definido por el legislador ordinario, para que los instrumentos de evaluación estén conforme con los valores y principios que fundamentan y dan sentido a la autonomía universitaria. Sin embargo, hemos asistido durante seis años a la aplicación de unas pruebas, los ECAES, que mínimamente desde el año 2005, quedaron en entredicho constitucional, de ahí que no se entienda el por qué de su obstinada aplicación a sabiendas de que era necesario para ello una base legal inexcusable que, aparentemente, ahora sí se tiene.

#### **4. La participación como un principio de conducta más que de norma**

Dentro de los principios rectores de la evaluación de la educación, la Ley 1324 de 2009 consagra el principio de participación, traducido en términos de promoción de la “*participación creciente de la comunidad educativa en el diseño de los instrumentos y estrategias de evaluación.*”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Entre los cuales quiero destacar el campo jurídico.

<sup>18</sup> Artículo 3, Ley 1324 de 2009.

El principio parece ser muy claro y responde, al menos parcialmente, a los mandatos constitucionales sobre la participación, previstos, entre otros, en los artículos 2, 29, 40 y 68 de la Carta Política. Sin embargo, los antecedentes de la efectividad de este principio cuando se encontraban vigentes las pruebas ECAES generan una gran inquietud, y no por razón de que exista una nueva norma el comportamiento gubernativo sobre el particular necesariamente cambiará. Debe recordarse que el proceso de elaboración de las pruebas ECAES, al menos en el área del derecho, siempre se desarrolló sin la participación de las comunidades académicas de las universidades,<sup>19</sup> lo que revela un déficit de participación bastante preocupante. Éste fue un reclamo permanente de muchas universidades antioqueñas, entre ellas la Universidad de Antioquia, que desde el mes de octubre de 2003 solicitaron la participación, e incluso, un debate mucho más amplio sobre el objeto del derecho, sus distintas visiones, sobre los aspectos pedagógicos y evaluativos en el campo jurídico, como aspectos previos a la realización de una prueba que aspire a tener legitimidad entre la comunidad académica y estudiantil. Nunca se obtuvo una respuesta sobre el particular, y por ello es poco probable que la vigencia de la nueva ley corrija esta conducta administrativa.

Cuando hablo de conducta administrativa me refiero a que el problema que hemos tenido en los cinco o seis años de vigencia de los exámenes de Estado, antes conocidos como ECAES, no es de la inexistencia de una norma jurídica que asegure la participación de la comunidad académica. Por supuesto que esta garantía ya estaba presente desde distintos niveles y desde hace muchos años en el ordenamiento colombiano: en el orden constitucional, los ya citados artículos que tienen vigencia desde 1991 y que resultan tan claros o mucho más que la nueva norma legal; en materia de leyes, sólo menciono las reglas que desde el año 1984 tiene previstas el Código Contencioso Administrativo vigente, aplicables a estas actuaciones, y que prevén el llamado a participar en la actuación administrativa a todos aquellos que pudieran ser afectados con la decisión.<sup>20</sup> El problema entonces se halla en la eficacia que la administración le imprima a las normas.

Ahora bien, ¿a qué clase de participación está aludiendo la Ley 1324? Dado que se refiere a la participación para el diseño de los instrumentos y estrategias de evaluación, ¿porqué descarta desde el principio la participación de las comunidades académicas en la definición de lo que se debe evaluar, para qué se

---

<sup>19</sup> Entregarle la elaboración de una prueba a una o dos universidades no asegura necesariamente la participación. En el caso específico de las que se practican en el área del derecho, asignar a una o varias universidades esta elaboración, implica sin lugar a dudas imponer su particular visión del derecho, la que termina imponiéndose en el modo de aplicar la solución jurídica al caso puesto en consideración.

<sup>20</sup> Artículo 28. Deber de comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

debe evaluar y por qué se debe evaluar?, toda vez que sólo se refiere al cómo, olvidando que éste termina siendo adjetivo a los verdaderos propósitos de la evaluación; ¿quién, sino la comunidad académica universitaria, puede saber cuáles son los propósitos de la formación, y por lo mismo, determinar qué contenidos, competencias, habilidades o destrezas deben valorarse para que se entiendan cumplidos los objetivos de la educación que se imparte?

En el ámbito universitario,<sup>21</sup> este principio de la participación termina siendo nuclear en todo el sistema de evaluación que se está concibiendo, porque ese sistema se enfrenta a una garantía institucional, la autonomía universitaria, que otorga el derecho, el privilegio y la competencia, para que sean las universidades las que definan de manera autónoma las prioridades de la formación que brindan, los programas académicos que van a ofrecer y los planes de estudio que los compondrán, las metodologías de enseñanza y aprendizaje que utilizarán y, fundamentalmente, los objetivos que persiguen con sus programas académicos.<sup>22</sup> Con la nueva ley, ahora resulta que quien determina qué es lo que se evalúa y cuáles son los objetivos que debieron alcanzar las universidades con sus programas, son agentes, gubernamentales, que no han participado, y por supuesto que no podrían hacerlo, en dicha definición.

En estricto sentido, si la evaluación mediante exámenes de Estado tiene el propósito de determinar si “*se han alcanzado o no, y en qué grado, objetivos específicos que para cada nivel o programa, según el caso, señalan las leyes 115 de 1994 y 30 de 1992 y sus reglamentos, las que las modifiquen o complementen*”,<sup>23</sup> deben ser, entonces, precisamente, las mismas comunidades académicas que los han definido, las llamadas a establecer qué es lo que se debe evaluar. Resulta, por demás, llamativo el hecho de que esta norma intente remitir la evaluación a los objetivos definidos en la Ley 30 de 1992, cuando en ella, evidentemente, esos objetivos de formación, mucho menos los específicos, por niveles o programas no existen. Terminarán siendo los objetivos que para este efecto los reglamentos han establecido, lo que resulta a todas luces inconstitucional, pues los límites o controles a la acción universitaria sólo pueden establecerse mediante ley especial para estos casos.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> No podría por tanto admitirse hacer equivalente su desarrollo y aplicación al de la educación media.

<sup>22</sup> Ver: *Sentencia C-220 de 1997*. “En ejercicio de su autonomía las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos; definir su régimen interno; estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores; señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores; establecer los programas de su propio desarrollo; aprobar y manejar su presupuesto; fijar sobre la base de las exigencias mínimas previstas en la ley, los planes de estudio que regirán su actividad académica, pudiendo incluir asignaturas básicas y materias afines con cada plan para que las mismas sean elegidas por el alumno, a efectos de moldear el perfil pretendido por cada institución universitaria para sus egresados”.

<sup>23</sup> Artículo 7, Ley 1324 de 2009.

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-220 de 1997*.

## 5. Los exámenes de Estado en el área del Derecho

Teniendo en cuenta que el planteamiento que se ha venido haciendo en este artículo se ubica en el ámbito de los programas universitarios, es importante destacar que la Ley 1324 de 2009 deja un gran interrogante en cuanto a las áreas del conocimiento que serán objeto de evaluación. La norma simplemente determina que *“La práctica de los ‘Exámenes de Estado’ a los que se refieren los literales anteriores es obligatoria en cada institución que imparta educación media y superior. Salvo circunstancias excepcionales, previamente definidas por los reglamentos, cada institución presentará tales exámenes a todos los alumnos que se encuentren registrados exclusivamente en el nivel o programa respectivo. Y más adelante dispone que “La presentación de los “Exámenes de Estado” es requisito para ingresar a los programas de pregrado y obtener el título respectivo”.*<sup>25</sup>

Éste es uno de los puntos en los que se nota un gran déficit de labor legislativa, pues prácticamente difiere al reglamento la posibilidad de determinar en qué casos opera o no la evaluación. Por este hecho, la reserva de ley que debe existir en materia de autonomía universitaria no se cumple, pues no será el legislador quien defina, de acuerdo con las particularidades de cada ciencia, disciplina o profesión, el ámbito de aplicación de la evaluación, y por supuesto que tampoco la manera como ella opera, sino que esto quedará bajo las directrices del reglamento. Eso denota una alta discrecionalidad administrativa en un asunto que no la permite, por lo cual, es de suponer, que ello será objeto de un juicioso estudio de constitucionalidad por parte de la Corte.

De todos modos, posiblemente las áreas de la evaluación se determinarán de acuerdo con la experiencia que durante más de cinco años tuvieron las pruebas ECAES, las cuales incluían como una de las disciplinas evaluables, mediante exámenes tipo test, el derecho.

En el año 2003, los decanos de las facultades de Derecho del Departamento de Antioquia hicieron una serie de consideraciones en relación con los ECAES, que aún hoy conservan plena vigencia, consistentes en que este tipo de pruebas son instrumentos de evaluación que, además de comprometer seriamente la autonomía universitaria, no dan cuenta de la realidad del ejercicio del derecho: éste se soporta en la posibilidad de discutir y argumentar, lo cual va más allá de una única respuesta correcta; se olvida de que los abogados no trabajamos con fórmulas exactas, sino con argumentos que se apoyan en la legislación, en la jurisprudencia y, sobre todo, en principios y en valores. Ninguna de esas herramientas jurídicas, por sí solas, puede proporcionar una solución que pueda considerarse indiscutible. No podemos olvidar que las decisiones jurídicas tienen valor, especialmente, por el ingrediente de poder y legitimación que las soporten,

<sup>25</sup> Artículo 7, Ley 1324 de 2009. Subrayas fuera del texto.

y sólo de una manera menor, por el ingrediente de saber que involucran. Si el presupuesto de los exámenes de Estado sigue siendo, como hasta ahora, que hay respuestas correctas en el derecho, y con base en ello se mide la calidad académica de los estudiantes o de los programas, se está olvidando que ese presupuesto ha estado permanentemente en el orden de la discusión científica y jurídica, y no ha logrado, y posiblemente no logrará, satisfacer la serie de cuestionamientos filosóficos y políticos que históricamente se le han hecho.

Sería absurdo pensar, en estos momentos de nuestra cultura jurídica, que el presupuesto de tales pruebas sea el que hace equivalente el derecho con la ley. Un sistema jurídico que funcione sobre la base de una sola respuesta a los problemas, es no sólo cuestionable metodológica y epistemológicamente, sino sospechoso desde el punto de vista político: sería un sistema para respuestas homogéneas y uniformantes, más cercano al autoritarismo que a la democracia. No podemos olvidar el gran papel que cumple la hermenéutica en el derecho, y que su material de trabajo es, por esencia, poroso y equívoco. Afortunadamente, ya estamos lejos de aquella ilusión del “verdadero” sentido de la ley.

En el caso de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, hace muchos años se ha discutido la idoneidad de los exámenes en test para evaluar a los estudiantes. Hemos creído que resultan más confiables otros instrumentos, como las preguntas abiertas, los talleres, la discusión grupal, que consideramos que no sólo permiten apreciar más adecuadamente la capacidad de entendimiento y razonamiento de los estudiantes, sino que los forme en una idea menos individualista y competitiva del derecho, promoviendo con ello, en los egresados, un mayor compromiso social.

Considero que es una intervención indebida del Estado, y propiamente del poder ejecutivo, en la autonomía universitaria, porque de una manera indirecta, pero bastante efectiva, lesiona la competencia que constitucionalmente se otorga a las universidades para autodeterminarse académicamente. Ello en razón de que cada institución de educación superior, precisamente por esa autonomía, puede estructurar sus proyectos educativos de acuerdo a su contexto, sus propios objetivos, sus modelos pedagógicos, que finalmente van a ser negados al someter a todos los estudiantes del país a una evaluación uniforme, que desconoce las particularidades de cada institución. La formación diversa no implica que haya una formación deficiente y que sus egresados no salgan preparados para asumir con competencia, y de una forma ética, el ejercicio de la profesión en los diferentes campos profesionales.

En su momento, los decanos de las Facultades de Derecho de Antioquia expresaron, no sin razón, de que en los ECAES no se trata de indagar por aquello que se debe saber, sino más bien por aquello que gubernamentalmente se tiene

que conocer, lo que de contera implica una seria amenaza para el engrandecimiento de la profesión jurídica en el país.

En definitiva, es discutible que esta prueba mida realmente la calidad de la educación en las facultades de derecho; ya se han expresado las razones, pero en general, porque los buenos abogados no se evalúan por lo que puedan responder ante un test, sino por la capacidad que tienen para manejar situaciones conflictivas y de adaptarse a ellas de tal manera que puedan darle una solución adecuada y conforme con el ordenamiento jurídico, independientemente del rol que en cada caso cumpla en la sociedad. Pero, además, tendría que decir que un buen abogado no es el que más normas sepa, sino aquél que es capaz de enfrentarse con problemas y normatividades desconocidas y pueda encontrar la solución de los problemas que se le plantean.

## Referencias bibliográficas

Congreso de la República. Ley 30 de 1992, “*por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”.

\_\_\_\_\_ Ley 1324 de 2009, “*Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES*”.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-299 de 1994*. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, junio 30 de 1994.

\_\_\_\_\_ *Sentencia T-002 de 1994*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, enero 13 de 1994.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-006 de 1996*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, enero 18 de 1996.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-220 de 1997*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, abril 29 de 1997.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-053 de 1998*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, marzo 4 de 1998.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-560 de 2000*. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, mayo 17 de 2000.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-829 de 2002*. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, octubre 8 de 2002.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-852 de 2005*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, agosto 17 de 2005.

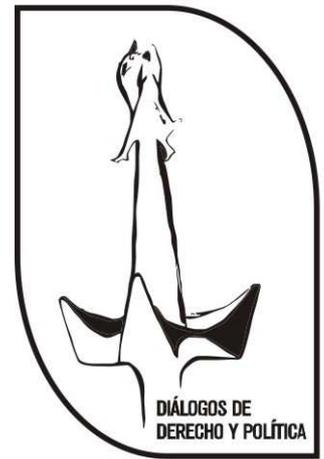
\_\_\_\_\_ *Sentencia C-782 de 2007*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá, septiembre 26 de 2007.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C-162 de 2008*. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Bogotá, febrero 21 de 2008.

Hernández, Pedro Alfonso. *Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia*. Editorial Legis. Bogotá, 1999. pág. 58.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

Tafur Galvis, Álvaro. *La huida de la Administración hacia el Derecho Privado*. En: *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Santafé de Bogotá, 1997. págs. 100-101.



---

# Acerca de la obligatoriedad de los Exámenes de Calidad de la Educación Superior (ECAES): el caso de los programas de Derecho

---

**Roberth Uribe Álvarez**

Profesor de Filosofía del Derecho, Jefe del Departamento de  
Formación Universitaria de la Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas de la Universidad de Antioquia.  
Correo electrónico: [roberth.uribe@gmail.com](mailto:roberth.uribe@gmail.com)

## Resumen

El reciente establecimiento de la presentación de los Exámenes de Calidad de la Educación Superior (ECAES), como requisito obligatorio para la obtención de los títulos universitarios, tratándose de los pregrados de derecho, amerita acometer distintos procesos de diálogo y de deliberación sobre aspectos epistemológicos y pedagógico-jurídicos que deberían ser relevantes a la hora de realizar una regulación en tal sentido, tales como la pluralidad de conceptos y teorías del derecho, así como el carácter argumentativo, retórico y problemático de la comprensión de los casos jurídicos que cuestionan la posibilidad y la pertinencia de evaluaciones estandarizadas, dado que, difícilmente, éstas van a poder ser inclusivas de las diferentes opciones conceptuales y teóricas que pueden entrar en juego en la enseñanza y el aprendizaje del derecho.

**Palabras clave:** Limitaciones de la evaluación de la calidad de la educación superior; pluralismo jurídico conceptual; pluralismo jurídico discursivo; argumentabilidad del derecho; retórica jurídica; no-univocidad de la comprensión de los casos jurídicos.

## Acerca de la obligatoriedad de los Exámenes de Calidad de la Educación Superior (ECAES): el caso de los programas de Derecho<sup>1</sup>

### Introducción

La reciente entrada en vigencia de la Ley 1324 de 2009 y de sus decretos reglamentarios número 3963 y 4216 del mismo año, que hace obligatoria la presentación de los Exámenes de Calidad de la Educación Superior (ECAES) para todos los estudiantes universitarios de pregrado colombianos, incluyendo los de los programas de Ciencia Política y Derecho, constituye un hecho que, en el contexto político, cultural, académico y social que en la actualidad tiene la educación en Colombia y, en especial, la educación superior, amerita diversas reflexiones, entre ellas algunas de carácter teórico-jurídico y otras de carácter pedagógico a las cuales voy a referirme, no sin antes expresar que estarán circunscritas a los estudios de derecho, dado que no me siento autorizado para opinar sobre los problemas de nuestro programa hermano de Ciencia Política.

### 1. El contexto de la educación superior como contexto de la evaluación de su calidad

Actualmente, Colombia cuenta con un sistema universitario estatal cuya estructura es insuficiente para responder a las necesidades de formación científica y profesional que requerimos como Estado y como sociedad, conforme a diversos retos y responsabilidades nacionales e internacionales, comprendidas en el marco de problemáticas como la “globalización”, la “sociedad tecnológica”, la “revolución virtual”, el “desarrollo sostenible”, etc. En apoyo de esta afirmación concurren al menos las siguientes razones.

En primer lugar, es bajo el número de cupos estudiantiles de que disponen las 32 universidades públicas del país con respecto al número de jóvenes bachilleres que anualmente egresan del sistema de educación media,<sup>2</sup> aspecto que tiene como contracara el cada vez más creciente número de cupos universitarios ofrecidos por instituciones de educación superior de carácter privado, con la correspondiente inactividad del Gobierno Nacional y del Estado en general en lo que toca con el diseño y puesta en marcha de políticas públicas para ampliar el sistema universitario estatal.

Este crecimiento colateral de instituciones de educación superior privadas en Colombia, tiene unas características negativas que desaconsejan su pertinencia

<sup>1</sup> El autor agradece a los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas organizadores de la “Primera Colegiatura de Estudiantes”, en la que leyó una versión inicial de este texto.

<sup>2</sup> Cf. El Espectador, Junio 3 de 2009. Retomado por el *Observatorio de Medios del Ministerio de Educación*. En: <http://www.mineducacion.gov.co/observatorio/1722/article-192326.html>

como política “pública” de educación superior, pues no son pocas las instituciones de esta naturaleza que conciben este servicio “público” como un negocio, como un aspecto más de la economía de mercado, prestándolo en cuestionables condiciones desde el punto de vista de criterios como la dignidad humana, tanto de los estudiantes como de los profesores, y la calidad y el rigor académico-científico. Un aspecto que se relaciona con esta cuestión es la frecuente contratación de profesores en condiciones laborales y académicas precarias: previendo un excesivo número de horas de docencia semanales (20 e incluso 30); menospreciando los procesos y las actividades de investigación como parte de la actividad contractual ordinaria del profesor, al entender ésta como un reducto de la docencia; estableciendo como regla general de contratación de los profesores la que los vincula por horas cátedra y, cuando lo es por “tiempo completo”, pactando lapsos inferiores a los de duración de los períodos académicos; vinculando un número bajo de profesores de tiempo completo con relación al número de estudiantes admitidos (*i.e.* Bologna recomendó 1 profesor por cada 25 estudiantes, criterio que en Colombia no se cumple en casi ningún caso); generando hacinamiento en las aulas, que también en muchos casos fija como cifra promedio una que supera los 50 estudiantes por sesión, etc.

En segundo lugar, y no menos preocupante como hecho político, es también denotativo de la ausencia de una formulación de políticas públicas de educación superior acordes con nuestro diseño constitucional y con los retos mencionados, la escasa destinación presupuestal que tiene la educación pública, incluyendo la superior, en el presupuesto nacional, comparada con la asignación que reciben rubros destinados a otras acciones gubernamentales, como por ejemplo la seguridad “interior” (que, como están las cosas hoy en América Latina y puntualmente en los Países Andinos, termina siendo también “exterior”) y el pago de la deuda externa, marcadamente superiores en proporción a los que se destina para gasto social. Esta descompensada asignación presupuestal, cuestionable desde puntos de vista jurídicos, políticos, sociológicos, culturales y económicos, agrava y ensombrece el futuro próximo y mediano de la educación universitaria de los colombianos, lo que compromete, desde luego, el futuro mismo de nuestra Nación.

Esta ausencia o, cuando menos, como se dijo desorientación de las políticas y de la administración públicas respecto de la educación superior, ha sido un comportamiento histórico de los gobiernos nacionales, incluido por supuesto el actual, en materia de aseguramiento del acceso al servicio público de educación superior de los ciudadanos colombianos. Esta cuestionable actitud se ha manifestado ante todo en dos tipos de acciones (u omisiones) gubernamentales y estatales: de un lado, la de estancar el crecimiento de la infraestructura adecuada para garantizar la satisfacción mayoritaria y con tendencial universalidad del servicio a quienes lo demandan, a los titulares legítimos del derecho a la educación. De otro lado, en la concentración del ámbito de acción del Gobierno

en materia de educación superior a las actividades de vigilancia y control de la prestación de aquél por universidades públicas y privadas.

Es precisamente en el marco de estas dos funciones que el Gobierno cree justificar la creación de un sistema de vigilancia y control de calidad de la educación superior, que tiene como uno de sus instrumentos más importantes los denominados “Exámenes de Calidad de la Educación Superior” (ECAES), que hasta hace pocos días no eran normativamente considerados requisitos para la obtención de los títulos de formación superior y que casi una década atrás ni siquiera existían como análogos de los de la educación media, cuya historia se remonta a por lo menos tres décadas, habiendo sido también allí notoria la abducción de esa educación por el Estado a los particulares.

A este contexto, complejo y difícil de compaginar con los postulados del Estado social y democrático de derecho, se adicionan varios problemas teórico-jurídicos y pedagógicos que la institucionalización de la presentación de los ECAES, como un requisito obligatorio para la obtención de los títulos de formación superior, debe responder, si es que ello es posible, con adecuados argumentos, tanto teóricos como pedagógicos.

## 2. Problemas teórico-jurídicos de los ECAES

Los problemas teórico-jurídicos se refieren, fundamentalmente, a las cuestiones ontológicas y epistemológicas del concepto y el conocimiento del derecho, en su orden. En efecto, son varias las alternativas teóricamente *válidas* de elaboración de un concepto y de un saber acerca del derecho, siendo importante destacar que la elección *reflexiva* de alguno(s) de ellos obedece a aspectos filosóficos, políticos, culturales, ideológicos e, incluso, psicológicos de los distintos sujetos de los auditorios de conocimiento jurídico,<sup>3</sup> siendo teóricamente cuestionable, entonces, el que esa elección provenga de criterios dogmáticos, prejuiciosos y fundamentalistas, en otros términos, teóricamente irreflexivos respecto del concepto y el saber jurídicos.

A este respecto, un primer problema que el sistema de control de la calidad de la educación superior debe argumentar en relación con los programas de derecho, es el que concierne a los criterios conforme a los cuales los ECAES, medidores de la calidad de la formación de los estudiantes de derecho de las distintas universidades del país, van a asegurar la eficacia del pluralismo conceptual y discursivo que en torno a los aspectos del concepto y el saber sobre el Derecho existen en el pensamiento y la cultura jurídicos, toda vez que en un Estado que constitucionalmente estatuye valores como el pluralismo ideológico y cultural, la autonomía universitaria y las libertades de enseñanza y de aprendizaje, entre otros, no puede considerarse justificado que se indague a los estudiantes sobre el

---

<sup>3</sup> Cf. Por todos, Atienza (2006).

conocimiento de sólo uno o de tan sólo algunos conceptos de derecho y modelos de elaboración del conocimiento jurídico, específicamente uno o sólo algunos modelos de dogmática jurídica, pues ello implica una afectación ilegítima de la eficacia de los referidos valores-derechos, en detrimento de las condiciones mínimas e indispensables de un sistema político y social tendencialmente democrático, plural y liberal.

Otro problema de la evaluación de los programas de derecho se relaciona con aspectos que voy de denominar “pragmáticos” de la profesión, consistentes en su carácter eminentemente argumentativo. Los problemas jurídicos; los “casos”, en el lenguaje más cotidiano de los juristas, son susceptibles de recibir distintas respuestas o soluciones, bajo puntos de vista argumentativos diferentes y sustentables, sobre todo en los denominados “casos difíciles”. De esta condición controversial de los casos da cuenta la estructura del auditorio jurídico por antonomasia, el proceso judicial, en el cual se asegura que el decisor escuche de las partes, adversarialmente concebidas, dos narrativas fácticas y normativas diferentes acerca del caso, dos criterios que surgen de sus intereses con la decisión, en igualdad de condiciones, debiendo ser elegida aquella que más convenza argumentativa o racionalmente, para lo cual, además, se supone, conforme a las tendencias actuales, que es más idónea la oralidad procesal como forma de realización del proceso, aspecto que también debería generar inquietudes en relación con la justificación de pruebas de calidad de la educación para los programas de derecho pensadas todavía desde la perspectiva de la argumentación jurídica del texto y del relato jurídicos *escritos*.

Por fuera de pertinentes consideraciones teórico-jurídicas críticas acerca de las posibilidades reales de realización del escenario procesal, encaminadas a desmitificar la teoría del proceso, relacionadas por ejemplo con la identificación de aspectos micropolíticos y biopolíticos del derecho y sus construcciones conceptuales y discursivas clásicas (justicia, verdad, etc.),<sup>4</sup> lo más problemático de esta cuestión es, a mi juicio, que la estructura de los exámenes en comento posibilite la evaluación de las competencias argumentativas de los estudiantes de derecho, dado que la formación en éstas difícilmente se logra a través de la búsqueda de respuestas únicas correctas, como suelen ser las que se buscan en estas pruebas, ni siquiera con todos los esfuerzos de Dworkin, cuya doctrina al respecto no es el referente del grueso de los autores de la evaluación.

El desarrollo de estas competencias; la concepción del derecho como argumentación, siguiendo a Atienza; sea en todo, al estilo de algunos constructivismos, o sea sólo en parte, al estilo de algunos positivismos, o incluso en nada, según algunos realismos, es incompatible con la pretensión de existencia de respuestas unívocas para los casos jurídicos, debido a que la categorización de un caso tiene niveles de valoración diversos a partir de los cuales la formación de un

---

<sup>4</sup> Haba (2000).

criterio jurídico de éste admite la utilización de conceptos y de argumentos que pueden corresponder a teorías jurídicas distintas y, en tal medida, pueden ser resueltos en forma plural, sin que ello implique falta de conocimientos, ni de calidad de la formación ni de la educación jurídica que se imparte.<sup>5</sup>

Este derecho pluralmente concebido y estudiado es la consecuencia de una pertinente reconstrucción de los sentidos y los conceptos del principio de seguridad jurídica en el Estado constitucional de derecho, principio que no debe ser comprendido, al estilo de corrientes decimonónicas como las de la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos y el paleopositivismo ideológico del Siglo XIX, como contracara de un derecho carente de vacíos y de problemas lingüísticos, pleno de sentido, coherente, unitario y completo, ni tampoco al estilo de la escuela del derecho libre, la jurisprudencia de intereses o el iusnaturalismo clásico, como la de un derecho sin marcos de regulación ni límites de acción judicial, provisto de un amplísimo grado de discrecionalidad para los operadores jurídicos, inevitablemente interpretable.<sup>6</sup>

### 3. Problemas pedagógico-jurídicos de los ECAES

Desde un punto de vista pedagógico, la institucionalización de exámenes como los ECAES para los estudiantes de programas de derecho también debe incluir el análisis de complejos problemas en los currículos de las Universidades que ofrecen estos programas.

En primer lugar, se encuentran las cuestiones que atañen a la estructura curricular, específicamente a los planes de estudio de dichos pregrados. Todavía en muchas de nuestras facultades los planes de estudio de derecho son marcadamente rígidos, elaborados conforme a categorías de las teorías jurídicas del Siglo XIX, esto es, teóricamente ingenuos al reivindicar distintos tipos de monismo conceptual hoy insostenibles, *i.e.* la creencia en la ley como tipo unitario del derecho positivo, cuya gramática, austera en problemas conceptuales, semánticos, valorativos y argumentativos, es siempre asequible al jurista.

Esta situación sobre el estado de arte de los currículos jurídicos es también preocupante porque obedece, entre otros factores, a la inexistencia de una carrera docente en varias de las universidades privadas que cuentan con programas de derecho, en las cuales su enseñanza, en una buena parte, está a cargo de profesores de cátedra, que no implican para las instituciones la asunción de un presupuesto que permita que haya profesores que se dediquen exclusivamente a la enseñanza y a la investigación jurídicas, varios de los cuales suelen ser los autores de las

---

<sup>5</sup> Esta cuestión remite a la planteada por Wroblewski (1989, 35 ss.), como el problema de la “justificación externa” de las premisas del razonamiento jurídico, especialmente de la premisa normativa.

<sup>6</sup> Cf. Navarro (2005).

pruebas, tendiendo a privilegiar criterios de infalibilidad de los estudiantes en el conocimiento de líneas y criterios jurisprudenciales, en desarrollo de una concepción mitologizante de la judicatura como una autoridad no sólo institucional sino también y, ante todo, epistémica.

En segundo lugar, se encuentran las elecciones propiamente conceptuales y discursivas, que, como bien lo han puesto de presente autores como Foucault y Kuhn, aunque desde referentes distintos, obedecen a criterios en no pocas ocasiones extrateóricos, tales como el poder y los consensos académicos provenientes de acuerdos, y que también operan al momento de elaborar las pruebas de evaluación de calidad, en detrimento de otras posibilidades teóricas que pueden ser las que se fomenten en varias de las facultades de Derecho, que por obvias razones van a quedar excluidas del referente discursivo de la evaluación. Todo ello en detrimento de la pluralidad ideológica y teórica, sin la cual es imposible lograr una proyección del derecho como una práctica institucional y cooperativa argumentativa y dialéctica.

Como puede verse son muy complejas las cuestiones involucradas en la discusión antedicha, y que no pueden ser resueltas con el argumento de la obligatoriedad de concurrencia de los estudiantes universitarios a la presentación de los ECAES, porque trascienden los asuntos de la obediencia al derecho y nos sitúan en los de su comprensión teórica y cultural. Es por ello que creo que deliberar sobre estas cuestiones tiene sentido, sobre todo porque ello nos libera del mito del argumento de autoridad, que no puede ser aceptado más que como una ausencia de argumentación y de mínima racionalidad.

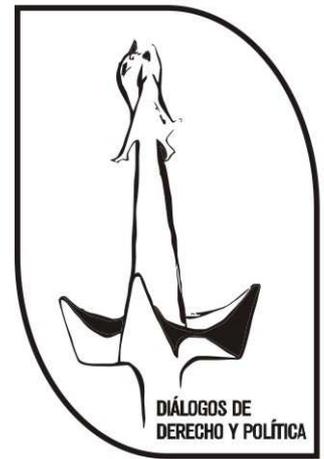
## Referencias bibliográficas

Atienza, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

Haba, Enrique (2000). *Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón “constructivista”: ¿Racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?* En: *Doxa*, número 23, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 561-596.

Navarro, Pablo (2005). *Los límites del derecho: estudios sobre los compromisos conceptuales del positivismo jurídico*. Temis, Bogotá.

Wroblewski, Jerzy (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. Traducción de Francisco Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián.



---

*Y ahora...en nombre de la humanidad*

**Julio González Zapata**

Profesor del área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo  
electrónico: [juliogzapata@yahoo.com](mailto:juliogzapata@yahoo.com)

## Resumen

En este escrito se pretende darle una mirada al movimiento de *verdad, justicia y reparación*, tomando como punto de referencia el desarrollo de la criminología para concluir que aquel movimiento se inscribe dentro de un marco de relegitimación del derecho penal, que después de haber sido cuestionado como un instrumento para defender el contrato social, proteger a la sociedad de los individuos peligrosos, salvaguardar intereses jurídicos, ahora aparece como el instrumento apto para conseguir lo que nunca había podido conseguir (verdad, justicia y reparación), pero su incuestionabilidad radica en que ahora se ejerce a nombre de la humanidad.

**Palabras clave:** derecho penal; criminología; verdad, justicia y reparación.

## *Y ahora...en nombre de la humanidad\**

*Bien mirado, este humanismo ha sido el elemento prostituidor de todo el pensamiento, de toda la moral, de toda la política de los últimos veinte años; para mí, lo que resulta una provocación es que se quiera proponer como ejemplo de virtud.*

M. Foucault.

La gran preocupación que se ha generado en las últimas dos o tres décadas, por una parte como reacción a las críticas al sistema penal hechas por la *criminología crítica* y el *abolicionismo* y, por otra, por el proceso de reacomodo de los estados de bienestar (donde los hubo y en los demás, por procesos de dominación y colonización), han hecho emerger lo que se ha denominado “nuevas justicias”, entre las cuales, las llamadas *justicia transicional* y *justicia restaurativa*, son las más conocidas en nuestro medio.

A la *justicia transicional* se le atribuyen los objetivos de conseguir la *verdad*, la *justicia* y la *reparación*, y si bien es cierto que ya ha alcanzado un cierto nivel de conceptualización,<sup>1</sup> me interesa examinarlo como un movimiento en construcción, de amplios alcances internacionales y, obviamente, como punto neurálgico en muchas discusiones nuestras, por la situación particular del país y por la expedición de la Ley 975 de 2005, llamada *Ley de Justicia y Paz*.

Mi propósito es examinar este movimiento teniendo como clave de lectura algunos de los hitos más importantes en la evolución del pensamiento criminológico para poner en consideración la hipótesis de que la *justicia transicional* y el movimiento que se ha venido formando a su alrededor, se sustentan en un olvido de las críticas que se le han hecho al sistema penal, el cual emerge ahora casi libre de tachas, capaz de realizar tareas que históricamente le han sido imposibles, insertándose, además, dentro de un optimismo punitivo, que junto con otras tendencias de la criminología actual (actuarismo penal, prevención situacional, tolerancia cero, ventanas rotas, populismo punitivo) pueden conducir a un uso exacerbado del derecho penal, y como lo anunciaba hace quince años Nils Christie (1993), a una *Nueva Forma del Holocausto*.

---

\*Versión escrita de la ponencia presentada en el Congreso Internacional Jaime Sanín Greiffestein, *Post-globalización: Del fin de los derechos humanos a la guerra infinita*, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia entre el 10 y el 12 de agosto de 2008.

<sup>1</sup> Uprimny, Rodrigo (dir) (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá. Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula (2005). *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: Rettberg, Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá.

Quiero reafirmar que la búsqueda de la *verdad, la justicia y la reparación* a partir del proceso penal es una quimera<sup>2</sup> que cumple la función de relegitar no sólo el castigo, el derecho penal, sino al mismo Estado y que lo hace a partir de la apelación a universalismos abstractos y vacíos.

### ¿Cómo empezar? Obviamente...Beccaria

Es casi ineludible empezar este recorrido con César Beccaria, quien sintonizó con toda claridad las ideas iluministas sobre el derecho de castigar, y es un referente obligado para entender el nacimiento del derecho penal moderno. Para él, como buen contractualista, el derecho de castigar nace del sacrificio de “una parte de (de la libertad de cada uno) para gozar de la restante con seguridad y tranquilidad<sup>3</sup> y “la agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de castigar.”<sup>4</sup>

Según Beccaria, “para que cada pena no sea la violencia de uno o muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.”<sup>5</sup>

Es a partir de estas ideas que empieza a construirse el derecho penal moderno y a justificarse el castigo de los delitos bajo un nuevo paradigma: el contrato social.

Hoy que tantos problemas del derecho penal se plantean en nombre de la humanidad o de la dignidad humana, tal vez resulte necesario revisar algunas visiones que se han construido sobre Beccaria, colocándolo como alguien que a nombre de la humanidad se opuso a la pena de muerte y a las torturas. Si se examinan con cuidado algunas de sus (o) posiciones,<sup>6</sup> veremos que ellas no tienen nada que ver con un sentido de humanidad o de repugnancia ante el dolor del suplicado o ante la sangre derramada. A la pena de muerte se opone (y no radicalmente) porque la considera políticamente inviable. Nadie ha renunciado a la vida por el pacto social y por lo tanto los administradores de ese fondo común de renuncias, que es lo que finalmente justifica el castigo, no pueden disponer sino de las que se le han entregado. Cuando se opone a la tortura, lo hace por la necesidad de establecer una nueva política sobre la producción de la verdad

---

<sup>2</sup> González Zapata, Julio (2006). *Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal*. En: *Estudios Políticos* número 27. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín.

<sup>3</sup> Beccaria, César. (1969) *De los delitos y de las penas*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid. pág. 72

<sup>4</sup> *Ibidem*. pág. 73

<sup>5</sup> *Ibidem*. pág. 188

<sup>6</sup> Digo esto por la facilidad que ofrecen *De los delitos y de las penas* de ser leído como una especie de contrapunto: lo que se describe de las prácticas punitivas del Antiguo Régimen, es precisamente, lo que propone cambiar y sus propuestas son precisamente el cambio o la supresión de las prácticas del Antiguo Régimen.

judicial: que esta se establezca a través de un razonamiento lógico-silogístico; si tiene en consideración el dolor, es para decir que éste no es una fuente confiable de verdad. Por eso, no se opone a que los delitos violentos sean castigados con penas corporales.<sup>7</sup> Con Beccaria, más que un humanismo penal, se inaugura la época sobre la cual diría Foucault (1988: pág. 86), que lo que se pretende no es castigar menos, sino castigar mejor.

La escuela clásica del derecho penal y su principal representante, Francesco Carrara (1983: págs. 4-28) se encargaría de darle otro sentido a la pena: la retribución. La pena se justifica como un mal que le infringe la sociedad al delincuente como respuesta al mal que él le ha ocasionado a ella. Es la entrada de Hegel y Kant en el derecho penal por la puerta grande y sobre todo a una discusión sobre la pena de la cual todavía no nos hemos podido zafar complemente.<sup>8</sup> El castigo se explica porque se ha delinquido; ni siquiera requiere una justificación: es un lazo de necesidad el que se establece entre el delito y la pena. La pena aparece, en sí misma, como la realización de la justicia.

### Llega la naturaleza

Este esquema iría a ser cuestionado por la escuela positivista,<sup>9</sup> la cual llegaría a plantear la necesidad de prescindir del término castigo o sanción y, en su lugar, hablar de medidas. Este cambio se explica, entre otras cosas, porque a su vez hay una diferente concepción del delincuente. Si para la escuela clásica el delincuente era un ser racional, al cual se le puede castigar porque haciendo uso del libre albedrío, ha elegido el delito, para los positivistas, el delito pasa a ser un síntoma de una personalidad al mismo tiempo peligrosa y determinada. Factores como la herencia, la enfermedad mental, los desajustes sociales, la anormalidad de los delincuentes, explican el delito, y por tanto, para defenderse de ellos, la sociedad tiene que tomar medidas tanto predelictivas como postdelictivas y en todo caso indefinidas, para contrarrestar así el peligro que representa el delincuente y en las versiones más radicalmente generalizantes, las “clases peligrosas”.<sup>10</sup> Ante un ser determinado, resulta muy difícil justificar un castigo porque se entiende que el delincuente está inexorablemente inclinado al delito desde su nacimiento, y por lo tanto, castigarlo por su delito sería tanto como castigarlo por el color de sus ojos o de su piel.

---

<sup>7</sup> “Unos delitos constituyen atentados contra la persona, otros contra las cosas. Los primeros deben ser punidos infaliblemente con penas corporales”. En: Beccaria, 1969. pág. 146

<sup>8</sup> No gratuitamente Jakobs invoca a Hegel para justificar el entendimiento de la función prevención general integradora que le atribuye a la pena; la petición de que no puede haber impunidad frente a los delitos de lesa humanidad tiene ecos inconfundiblemente kantianos.

<sup>9</sup> Una completa exposición sobre la escuela positivista se puede ver en García-Pablos de Molina, 1999. págs. 367-409

<sup>10</sup> En el lenguaje de hoy, se considera políticamente incorrecto hablar de clases peligrosas y se prefiere hablar de “grupos de riesgos” o a la sumo de *underdog class*. Ver Anitua, 2005:512-514.

Cuando los positivistas hablan de medidas en lugar de sanciones, no debemos creer que están pensando en relajar los controles, ni tampoco en humanismos, como lo entienden quienes creen que la preocupación por las condiciones particulares del delincuente (el verdadero protagonista de la justicia penal, lo llamaría Ferri), sino todo lo contrario: las medidas por su propia naturaleza involucran más personas en el control social penal; ya no son sólo aquellos que disponen de libre albedrío sino todos, porque el delito no se entiende como un ejercicio de la libertad sino como un peligro para la sociedad y lo que interesa, en ese momento, es precisamente *defender la sociedad*.<sup>11</sup> Y la preocupación por las condiciones particulares del sujeto no es más que un gesto necesario en una sociedad disciplinaria: hay que conocerlo mejor para poder controlarlo más eficazmente.

### **Cuestionamiento de la relación de causalidad entre delito y pena**

El Psicoanálisis cuestionaría la relación tan clara entre el delito y el castigo y su inexorable causalidad. El hombre delinque porque tiene necesidad del castigo y la sociedad necesita sus chivos expiatorios. Los trabajos hechos por Staub y otros psicoanalistas señalan que el derecho penal apenas sí puede disimular las funciones simbólicas que cumple en nuestras sociedades reactivando la figura del chivo expiatorio. “(...) no castigamos por razones de justicia, ni para prevenir el crimen o resocializar al delincuente; (...) castigamos para dar satisfacción a una necesidad social de sancionar, proyectando sobre la víctima propiciatoria del infractor sentimientos colectivos inconscientes de culpa y frustración.”<sup>12</sup>

O simplemente el individuo “necesita” del castigo. “El individuo delinque para ser castigado y aliviar el complejo de culpabilidad. Este no subsigue al crimen: le precede y motiva”.<sup>13</sup>

### **La sociedad toma parte: relativización del Estado y de la naturaleza**

Los aportes de la Sociología norteamericana a la Criminología serían imposibles de inventariar en esta presentación. Por lo tanto, me limitaré a tomar algunos de sus hitos más sobresalientes que nos pueden ayudar a entender qué está sucediendo en el presente.

---

<sup>11</sup> A raíz del positivismo cobra una inusitada importancia la discusión sobre imputables e inimputables. Cualquier persona tendría que ser necesariamente clasificada en alguna de estas categorías; la una o la otra tienen diferentes consecuencias pero lo que es importante resaltar es que todas las personas son sujetos del derecho penal de ahí en adelante. Foucault, Michel (1996). *Defender la sociedad*. Curso en el College de France (1975-1976), FCE, Buenos Aires.

<sup>12</sup> Reik, citado por García-Pablos de Molina, Antonio (1999). *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 571.

<sup>13</sup> García-Pablos de Molina, Antonio (1999). pág. 560

Quisiera recordar los aportes de la teoría del *Labelling Approach* o *Etiquetamiento*. El delito es una construcción social y el delincuente es aquél a quien le ha sido exitosamente impuesta la etiqueta de tal.

(...) La desviación no es una simple cualidad presente en algunos tipos de conducta y ausente en otros. Es, más bien, el resultado de un proceso que implica las reacciones de las otras personas frente a esta conducta. La misma conducta puede ser una infracción a las reglas en un momento y no en otro; puede ser una infracción al ser cometido por una persona, pero no cuando es otra quien lo hace; algunas reglas pueden quebrantarse impunemente, otras no.<sup>14</sup>

Las teorías del conflicto cuestionan al derecho y a su función social:

(...) el orden social de la moderna sociedad industrializada no descansa en el consenso sino en el disenso; el conflicto no expresa una realidad patológica, sino la propia estructura y dinámica del cambio social, siendo funcional cuando contribuye a un cambio social positivo; el derecho representa los valores e intereses de las clases o sectores sociales dominantes, no los generales de la sociedad, gestionando la justicia penal la aplicación de las leyes de acuerdo con dichos intereses; el comportamiento delictivo es una reacción al desigual e injusto reparto de poder y riqueza en la sociedad.<sup>15</sup>

### **Marx entra a la Criminología y se abren algunas puertas para entender el sistema penal**

Después, la *criminología crítica* nos explicaría que el sistema general opera el sistema penal como parte de los mecanismos de dominación y por lo tanto, en la magnífica síntesis de Baratta,<sup>16</sup> nos mostraría que la ideología que lo sustenta, se ha construido sobre seis pilares que no pueden tener otro nombre que el de mitos y que tal sistema es un mecanismo de control social que opera de una manera selectiva, discriminatoria y desigual.

Estos principios o mitos son:

**Principio del bien y el mal.** Esta oposición entre el bien y el mal en la ideología de la defensa social, puede entenderse en el marco de unas oposiciones mayores: del orden y del desorden; del buen ciudadano y el mal delincuente. Obviamente que podemos encontrar un mayor énfasis o en el delito o en el delincuente, según la escuela de que se trate.

---

<sup>14</sup> Beckett, Katherine y Western, Bruce (2007). *Crime control, America Style: from social Welfare to social control*. En: Vogel, Mary E. (ed). *Crime, inequality and the State*. Routledge, London and New York. pág. 23

<sup>15</sup> García-Pablos de Molina, Antonio (2005). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia. pág. 425

<sup>16</sup> Baratta, Alessandro (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster, Siglo XXI editores Argentina, 1ª reimpresión. págs. 36-39

La diferencia entre las dos escuelas italianas en este punto se puede apreciar con claridad a partir de la visión que tienen de las relaciones de la sociedad y el individuo. Mientras que los clásicos le apuntan a una visión optimista de la “naturaleza humana” (el hombre es bueno y la sociedad lo corrompe y por lo tanto hay que defender al ciudadano del Estado), para los positivistas, es el hombre el que representa un peligro para la sociedad y por lo tanto hay que crear los instrumentos para defender la sociedad de los individuos (peligrosos). Para los clásicos, lo malo es el acto libre de una persona y para los positivistas, el malo, muchas veces por naturaleza, es el delincuente.

Este mito empezaría a desnudarlo Durkheim quien afirmó que el delito lejos de ser un fenómeno patológico o anormal, es un fenómeno normal, funcional a las sociedades, hasta útil en algunos casos y que los delincuentes lejos de ser unos personajes mezquinos, parasitarios y despreciables, son personas que muchas veces representan verdaderas vanguardias morales, intelectuales y políticas para las sociedades.

**Principio de la culpabilidad.** Según este principio, al delincuente se le sanciona porque es culpable, porque no ha actuado como es debido. El correlato necesario de este principio es el axioma de la responsabilidad personal, que como veremos, fue cuestionado por Sutherland, cuestionamiento que pondría en evidencia la dificultad de juzgar delitos colectivos, aquellos que se cometen en relación a organizaciones y que la petición de individualizaciones no hace sino garantizar que mientras se excluyen e inclusive se sancionan algunos individuos, se mantiene, y a veces se robustece, la estructura que le dio origen a su conducta.

De acuerdo con este principio, al hombre se le declara culpable porque habiendo podido ajustar su conducta a los parámetros de la norma no lo hizo, y entonces se hace residir la culpabilidad en la reprochabilidad: se le reprocha al individuo que no haya actuado de acuerdo con los valores del ordenamiento.

Esta postura ha recibido la crítica de aquellas teorías subculturales que parten del supuesto de que no existe *una* cultura, ni *unos* valores en las sociedades sino que lo que se revela en las sociedades contemporáneas es que en ellas conviven *varias* culturas y existen *valores* diversos, a veces contrapuestos y en muchas ocasiones excluyentes. Los valores que se encuentran en las leyes son los valores de los grupos que tienen el poder de hacer las leyes penales y la capacidad para aplicarlas, pero contrario a las creencias iluministas, la ley no representa ni los intereses y ni siquiera, las opiniones de la mayoría.

**Principio de la legitimación.** Este mito es el que hace pensar que sin derecho penal, la sociedad como tal no sería posible. Es la amarga necesidad de la que hablan los penalistas liberales y otros no tan liberales. El cuestionamiento de dicha legitimidad se puede rastrear en los movimientos anarquistas hasta los desarrollos

hechos por algunos psicoanalistas, como hemos visto, y los postulados abolicionistas.

**Principio de la igualdad.** Según la ideología de la defensa social, el derecho penal es igual para todo el mundo. Ese es uno de los grandes aportes que se le asignan al legado iluminista.

La *criminología crítica* se encargaría de demostrar precisamente que el derecho penal descansa sobre una desigualdad estructural y por lo tanto actuará de una manera discriminatoria selectiva. Es decir, no está hecho de la misma manera para todo el mundo.

“(...) sería hipócrita o ingenuo creer que la ley se ha hecho para todo el mundo en nombre de todo el mundo; que es más prudente reconocer que se ha hecho para algunos y que recaerá sobre otros, que en principio obliga a todos los ciudadanos, pero que se dirige principalmente a las clases más numerosas y menos ilustradas; que a diferencia de lo que ocurre con las leyes políticas y civiles, su aplicación no concierne por igual a todo el mundo, que en los tribunales la sociedad entera no juzga a uno de sus miembros, sino que una categoría social encargada del orden sanciona a otra que está dedicada al desorden (...)”.<sup>17</sup>

**Principio del fin o de la prevención.** Este principio nos plantea el serio problema de la pena. La pena ha preexistido al delito y no es, como pretende hacer creer la ideología de la defensa penal, y en general, la doctrina penal, la consecuencia necesaria y lógica de la comisión del delito, ni mucho menos pretender que con el derecho penal se acaban los delitos. “Leyes más severas, más cárceles (...), como recuerda Jeffrey, puede significar más reclusos, pero no necesariamente menos delitos.”<sup>18</sup>

De hecho, la primera preexiste al delito. Lo que ha hecho la doctrina penal es simplemente mostrar unas teorías de la pena que supuestamente la explicarían, cuando realmente lo que hacen es justificarla, tanto en sus versiones absolutas como en las relativas. Aquí sobre todo sería necesario recordar las críticas que se le han hecho a la que se considera la pena por excelencia de nuestras sociedades: la prisión.<sup>19</sup>

Si bien es cierto que la prisión sanciona la delincuencia, ésta, en cuanto a lo esencial, se fabrica en y por un encarcelamiento que la prisión, a fin de cuentas, prolonga a la vez. La prisión no es sino la continuación natural, nada más que un grado superior de esa jerarquía recorrida paso a paso. El delincuente es un producto de la

<sup>17</sup> Foucault, Michel (1988). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 24ª edición. Siglo XXI editores, México. pág. 281

<sup>18</sup> García-Pablos de Molina (1999). *Op. cit.* pág. 28

<sup>19</sup> Foucault, Michel (1988). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 24ª edición. Siglo XXI editores, México. Rusche, George y Kirchhmer, Otto (1994). *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Ed. Temis, Bogotá.

institución. Es inútil por consiguiente asombrarse de que, en una proporción considerable, la biografía de los condenados pase por todos esos mecanismos y establecimientos de los que fingimos creer que estaban destinados a evitar la prisión.”<sup>20</sup>

**Principio del interés social y del delito natural.** Empecemos por este último; la idea de delito natural, tal como fue formulado por Garófalo, pretendía canonizar el orden establecido, haciéndolo aparecer como un dato natural, inmutable. Se acudió inclusive a una suerte de sentimientos, que serían vulnerados con el delito y que permanecerían constantes a lo largo de toda la historia: los sentimientos de probidad y de piedad.

Cualquier mirada superficial sobre el derecho penal pone en evidencia la inconsistencia de esa pretensión, porque en el derecho penal no hay nada natural, sino que es el fruto de decisiones que se toman atendiendo intereses políticos, económicos, valores culturales, juegos de fuerza, que cambian de una sociedad a otra y de un momento histórico a otro. No es posible hablar de delito en abstracto, sino con una referencia muy concreta, tal como los construye cada sociedad en un momento específico.

También se ha demostrado que el derecho penal no protege intereses sociales sino los intereses de aquellos grupos que pueden hacer valer los propios a través de la implantación y la aplicación de las leyes. Muchas veces esos intereses plasmados en las leyes son abiertamente contrarios a los intereses de las mayorías. Las teorías del conflicto y de la reacción social, cuestionaron el interés y el delito natural, como se dijo atrás.

Pero obviamente el ataque más fuerte a todos estos mitos que ha construido el derecho proviene del abolicionismo. Una síntesis de las críticas del abolicionismo al sistema penal, las ha resumido el profesor Mauricio Martínez Sánchez, en las siguientes once proposiciones-sindicaciones:

1. Es *anómico*. Las normas del sistema no cumplen las funciones esperadas; no protegen la vida, ni la propiedad, ni las relaciones sociales. La amenaza mediante normas penales no ha evitado la comisión de “delitos” o la presentación de los conflictos; por el contrario ellos se han multiplicado y sofisticado; es decir, la función de *prevención general* no se cumple. El principio de *aplicación igual* de la ley penal, tampoco: el sistema penal actúa selectivamente; los poderosos tienen sistemas de inmunidad social o jurídica que los protege del sistema penal. El efecto *disuasivo* que se le asigna no está comprobado; por el contrario, las investigaciones han demostrado que la aparición del delito no está relacionada con el número de personas encarceladas o con la duración de la pena impuesta, sino con la política,

---

<sup>20</sup> Foucault, Michel (1988). *Op. cit.* pág. 308

con la visión del hombre en sociedad y con el funcionamiento general del sistema judicial. Además, las penas impuestas a otros no atemorizan como el sistema predica, porque la sociedad muy raramente es informada de que la sanción ha sido impuesta o de cómo ella fue ejecutada. En relación con la función de prevención individual, que se le asigna al sistema, las investigaciones han demostrado que en particular la prisión, no mejora ni reeduca al infractor sino que lo destruye irreparablemente.

2. *Transforma las relaciones sociales en actos individuales.* Al orientarse sobre el comportamiento de “autor culpable”, el sistema penal transforma la naturaleza del acto criminalizado que es convertido en acto aislado, mientras muchos acontecimientos pueden ser considerados como un eslabón de una cadena de acontecimientos: el acto tomado como “delito” es solo la interrupción de una relación compleja y prolongada entre los protagonistas; el “delito” puede ser solo un incidente en el contexto global de la relación entre dos sujetos.
3. *Tiene una concepción falsa de la sociedad.* En la ideología del sistema penal la sociedad es falsamente concebida como una totalidad consensual en el que solo el acto desviado es la excepción. Tiene una concepción dicotómica de lo que en ella sucede: todo es acuerdo o desacuerdo, social o asocial, malo o bueno; representa, por tanto, la negación del pluralismo necesario en las sociedades heterogéneas.
4. *Reprime las necesidades humanas.* Si la mayor parte de los “delitos” o conflictos son expresión de necesidades humanas frustradas, la respuesta punitiva es solo la represión de estas. Y las reprime para ocultarlas, para esconder que el Estado y la sociedad no son capaces de satisfacerlas. En este sentido el sistema punitivo actúa en relación con las necesidades humanas, según expresión de *Bianchi*, como la sal en una herida. Además aumenta las necesidades, pues la cárcel, por ejemplo, crea hombres menesterosos: al sacarlos de su ambiente anterior, los vuelve dependientes de otros.
5. *Concibe al hombre como un enemigo de guerra.* El sistema penal actúa como un ejército en estado de guerra; el hombre es el objetivo a eliminar y muchas veces concebido como “estado enemigo”. La lucha contra la “criminalidad” es presentada como una guerra de seguridad interior, guerra contra la maldad, contra la atrocidad que “es” el hombre. Cuando un delincuente es capturado, las autoridades dan parte de victoria; muchas veces es presentado como un monstruo del cual el Estado no tiene ninguna paternidad. Pero el sistema penal es peor que aparato militar, porque actúa permanente y soterradamente; es omnipresente y al igual que éste, representa un mecanismo político-cultural para mantener el poder constituido.

6. *Defiende y crea valores negativos para las relaciones sociales.* El sistema penal actúa con los mismos valores que predica combatir; por eso hay autores que lo comparan con la actividad de ciertas iglesias que reclaman la pobreza evangélica, pero sus jerarcas son un ejemplo de comodidad y de concentración de poder económico y político. En efecto, el sistema penal tiene mecanismo como la cárcel con los cuales valora la violencia y la degradación como método para someter al hombre y para resolver los conflictos; propaga la severidad, la brutalidad, aumenta el clima de desconfianza entre vecinos, colegas, ciudadanos, etc. En la prisión prevalecen y se incrementan las relaciones de pasividad, agresividad, o dependencia-dominación; se fomenta el desprecio por la persona, paraliza la elaboración de actitudes y comportamientos; se pierde la personalidad, la sociabilidad, se incrementan el odio y la agresividad, etc.
7. *Se opone a la estructura general de la sociedad civil.* En el sistema penal las sanciones son impuestas por una autoridad *extraña y vertical* de estilo militar; las normas son conocidas solo por los operadores del sistema; ni los autores ni las víctimas conocen las reglas que orientan el proceso. Este estilo vertical del sistema se opone a la estructura *horizontal* de la sociedad en que viven autores y víctimas. Fuera de la comunicación interrogativa-provocativa, los operadores del sistema no tienen ninguna comunicación con los implicados; estos han sido desplazados por los profesionales entrenados para “robar” conflictos. Los jueces, al igual que los políticos, pertenecen a un mundo diferente al del procesado; condenar para él es un acto de rutina, burocrático, una “orden escrita sobre un papel que los otros ejecutarán y que él firmará en escasos segundos. Cuando el juez vuelve la cabeza para confiar el “expediente” al secretario del tribunal, el condenado, que había tenido unos minutos ante sus ojos, ha sido llevado ya, fuera de su vista y debe ocuparse del siguiente.
8. *La pena impuesta por el sistema es ilegítima.* La imposición vertical de la pena, independientemente del querer del procesado y sin el reconocimiento de éste hacia la autoridad que la impone, haría que la sanción impuesta en el proceso penal, carezca de legitimidad. Para los abolicionistas se puede hablar de verdadera pena sólo cuando hay acuerdo entre las partes. “Si la autoridad es aceptada plenamente, se puede hablar de una pena justa. Si, por el contrario, hay una total impugnación de la autoridad, no se trata de una pena verdadera, sino de pura violencia.”<sup>21</sup>
9. *La prisión no es solo privación de la libertad.* La pena de prisión, sanción principal del sistema penal, no se reduce a privar al condenado de su

---

<sup>21</sup> Ver en este sentido a Hulsman.

libertad de movilización como los códigos lo predicán; ella representa también un cambio radical en su vida; se le priva del hogar, del trabajo, de vivir con la familia, de sus amigos, de su identidad, de las relaciones sexuales, de la autonomía, de la seguridad, del aire, del sol, etc. La pena de prisión se diferencia de las penas corporales antiguas, solo en que el sufrimiento irrogado no se concentra en el tiempo sino que es dilatada en un espacio extenso.

10. *El sistema penal estigmatiza.* Como en la antigüedad, en la que los “criminales” eran marcados con hierro candente para que sintieran vergüenza frente a sus congéneres, haber estado procesado penalmente o más aún encarcelado, deja una huella para llevar durante toda la vida. El procesado o el condenado sigue estigmatizado frente a la sociedad y frente a sí mismo. Sigue siendo socialmente “procesado”, rechazado, excluido y el estigmatizado se autopercibe como un “desviado”, de tal forma que es impulsado a vivir y a comportarse conforme a dicha imagen; en fin, el sistema crea “criminales”.
11. *El sistema penal sigue siendo una máquina para producir dolor inútilmente.* La ejecución de la pena por medio de la coacción, del sufrimiento, del dolor moral y físico en la persona del condenado (y de su familia), es estéril, pues no lo transforma, sino que lo destruye, lo aniquila, le produce efectos irreparables. Por eso, se puede hablar de dolor inútil, desperdiciado, que no se compadece con el grado de civilización del que se jacta haber llegado el hombre; es decir, se trata de “penas perdidas.”<sup>22</sup>

### **Olvidar casi todo para poder regresar...**

Después de estas demoledoras críticas al sistema penal, lo que se observa es su reforzamiento creciente; se vuelve a creer en el derecho penal como un instrumento socialmente útil, apto para resolver casi todos los problemas e inclusive capaz de cumplir labores pedagógicas y aún para realizar la democracia. Este proceso de fortalecimiento del derecho penal se produce por muchas vías, en un proceso sumamente complejo.

Tal vez siendo arbitrario, señalaría como punto de ruptura para este regreso triunfal y amnésico del derecho penal tanto en la producción académica como en los debates político-criminales, el libro *¿Qué hacer con la ley y el orden?*,<sup>23</sup> pues allí dos de los autores más importantes de la *criminología crítica* hacen una importante

<sup>22</sup> Martínez Sánchez, Mauricio (1995). *La abolición del sistema penal*. Reimpresión, ed. Temis, Bogotá.

<sup>23</sup> Lea, John y Jock Young (2001) *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Trad. Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini. Editores del Puerto. Buenos Aires. Publicado inicialmente en inglés en 1984. págs. 56-63

marcha atrás: vuelven a plantear el delito en términos ontológicos, revalidan el paradigma etiológico, reclaman la necesidad de tener en cuenta a las víctimas y proclaman la participación de la Criminología en las polémicas públicas para la fijación de los lineamientos generales del Estado en el manejo de la cuestión criminal.

Anticipándome a lo que ello significó, creo sumamente lúcida la evaluación que hizo Elena Larrauri:

A partir de entonces se observa con desmayo la facilidad con que los movimientos progresistas recurren al derecho penal. Grupos de derechos humanos, de antirracistas, de mujeres, de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos tipos penales; movimientos feministas exigen la introducción de nuevos delitos y mayores penas para los delitos contra las mujeres; los ecologistas reivindican la creación de nuevos tipos penales y la aplicación de los existentes para proteger el medio ambiente; los movimientos antirracistas piden que se eleve a la categoría de delito el trato discriminatorio; los sindicatos de trabajadores piden que se penalice la infracción a las leyes laborales y los delitos económicos de cuello blanco; las asociaciones contra la tortura, después de criticar las condiciones de existencia en las cárceles, reclaman condenas de cárcel más largas para el delito de tortura.<sup>24</sup>

Como lo pretendían los realista de izquierda, el debate sobre la cuestión criminal se convirtió en un eje de los debates públicos y sobre todo de los debates electorales, y la diferencia que alguna vez existió entre la derecha y la izquierda en esta materia, se diluyó completamente. “A medida que el delito y el castigo se transformaron en cuestiones electorales muy importantes, los partidos políticos del gobierno y de la oposición comenzaron a competir para ser reconocidos como “duros” con el delito, preocupados por la seguridad pública y capaces de reestablecer la moralidad, el orden y la disciplina frente a los corrosivos cambios de la modernidad tardía.”<sup>25</sup>

### *La cultura del control*

Si he tomado el libro de Lea y Young es más que como ícono de un quiebre que como explicación de un fenómeno. Desde diversas perspectivas se ha señalado que en las últimas décadas del siglo XX se produjo lo que en términos foucaultianos se podría llamar el paso de las sociedades disciplinarias a las sociedades de seguridad.<sup>26</sup> O como dirían Katherine Becket y Bruce Western,<sup>27</sup> se pasó de un

<sup>24</sup> Larrauri, Elena (1991). *La herencia de la criminología crítica*. Siglo XX de España Editores S.A., Madrid. pág. 217

<sup>25</sup> Garland, David (2005). *La Cultura del Control*. Trad. Máximo Sozzo. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. pág. 222

<sup>26</sup> Foucault, Michel (2006). *Seguridad, territorio y población. Curso en el College de France (1977-1978)*. trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. págs. 26 y ss

<sup>27</sup> Beckett, Katherine y Western, Bruce (2007). *Crime control, America Style: from social Welfare to social control*. En: Vogel, Mary E. (ed). *Crime, inequality and the State*. Routledge, London and New York. pág. 165

tipo de Estado interesado en el bienestar de sus ciudadanos, a otro preocupado por controlarlos. O si se quiere, en términos de David Garland, a una cultura del control.<sup>28</sup>

Como lo advierte Garland, esta transformación ha obedecido a un proceso que no lo podemos leer sólo en las normas, sino que presenta unas aristas culturales, morales, políticas, de sensibilidad colectiva, que son de necesaria consideración para tener un panorama más o menos completo de lo que ha sucedido y está sucediendo.<sup>29</sup>

Se observa una pérdida de racionalidad en el discurso penal que se les hurta a los expertos para ser asumida por el sentido común, por el hombre de la calle. Éste ha sido uno de los pilares del populismo punitivo. “Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad ‘de la gente’, del sentido común, de ‘volver a lo básico’”.<sup>30</sup>

Hoy no se pretenden hacer grandes teorizaciones acerca del delito y de su control, sino que se le apuesta a una serie de técnicas, como la prevención situacional,<sup>31</sup> las ventanas rotas,<sup>32</sup> la tolerancia cero,<sup>33</sup> que buscan un control sencillo, rápido, con

---

<sup>28</sup> Garland, David (2005). *Op. cit.*

<sup>29</sup> “Como ya he sugerido, pienso que las muchas transformaciones que han ocurrido recientemente en el derecho penal y en su aplicación pueden ser comprendidas mejor mirando el campo como un todo en lugar de tomar cada elemento individualmente. Las transformaciones en la policía, las condenas judiciales, el castigo, la teoría criminológica, la filosofía penal, las políticas penales, la seguridad privada, la prevención del delito, el tratamiento de las víctimas y así sucesivamente pueden ser entendidas más claramente viéndolas como elementos interactivos de un campo estructurado de control del delito y justicia penal”. En: Garland, 2005. pág. 14

<sup>30</sup> Garland, David (2005). *Op. cit.*

<sup>31</sup> “Hoy interesa más, pues, prevenir el crimen e intervenir en el mismo, que elaborar nuevos expedientes teóricos explicativos del comportamiento delincinencial. Pero de otra parte, la sociedad exige hoy a sus políticos e instituciones un control del delito eficaz, con resultados a corto plazo, que evidencien la rentabilidad de los recursos públicos e inversiones destinadas a tal fin. Los programas de prevención primaria concitan escaso entusiasmo porque nadie apuesta por intervenciones altruistas a medio y largo plazo cuyos éxitos, difíciles de evaluar, cosecharán en cualquier caso otros. Es lógico, por tanto, optar por estrategias abreviadas de prevención que, por contar con un sólido apoyo estadístico (alta selectividad temporal, espacial y situacional del crimen) aseguran, al menos, a corto plazo los rendimientos deseados”. En: García-Pablos de Molina, 1999. pág. 893

<sup>32</sup> “Una ventana rota y no reparada constituye una señal que nadie vigila, nadie cuida y por, por ello, romper más ventanas no tiene consecuencias [...] Graves delitos callejeros florecen en áreas donde las conductas desordenadas no son contenidas” (Wilson-Kelling, citado por De Giorgi, 2005. pág. 172). Sobre ventanas rotas: “Si el barrio no puede evitar que un mendigo fastidioso moleste a los transeúntes, el ladrón puede razonar que es incluso menos posible llamar a la policía para identificar un asaltante potencial o interferir si el asalto está sucediendo. En: Anitúa, 2005. pág. 489.

<sup>33</sup> “Substancialmente, esto significa que la policía debe reprimir aquellos comportamientos que, aun no constituyendo propiamente un delito, resultan sin embargo molestos, fastidiosos y ofrecen

resultados inmediatos (capturas, detenciones, condenas, reducción del índice de delitos, etc.), que se reflejen inmediatamente en las encuestas y que estén disponibles como herramientas poderosas para las próximas elecciones.

Por otro lado, al derecho penal no sólo se le atribuyen nuevas funciones<sup>34</sup> sino que cada vez se otorgan nuevos campos de intervención,<sup>35</sup> lo que ha ayudado no sólo a una expansión casi sin límites, sino a que se redefinan muchos de los que han sido sus pilares en la modernidad.<sup>36</sup>

Todos estos fenómenos conjugados han producido lo que Nils Christie ha llamado *La industria del Control del Delito* y que para él amenaza inclusive en convertirse en una nueva forma del Holocausto. La población carcelaria ha aumentado de una manera demencial en países como Estados Unidos, Inglaterra, Nueva Zelanda y Australia.<sup>37</sup>

### El movimiento de Verdad, Justicia y Reparación

Es en este contexto en el cual hay que localizar la discusión sobre el movimiento por *la verdad, la justicia y la reparación*. No quiero decir con ello que este movimiento sea una continuación y que se incruste perfectamente en las modificaciones que ha sufrido la Criminología y el derecho penal en las últimas décadas, pero es indudable que se asienta en el mismo piso y comparte algunos premisas con ese amplio movimiento relegitimante y expansivo del derecho penal.

---

al ciudadano una imagen degradada de la ciudad: los *graffiti* urbanos, el pedido agresivo de limosna, la insistencia de quienes lavan los cristales de los vehículos en los semáforos, la prostitución callejera, la embriaguez en lugares públicos, la presencia de sin techo en las calles y demás situaciones similares” (DE GIORGI, 2005:158). La idea de esto es que si se toleran las pequeñas incivildades, se le está abriendo el camino a la gran delincuencia.

<sup>34</sup> La tensión entre modernidad y posmodernidad, se ha reflejado, en el derecho penal, modificando profundamente sus funciones declaradas; “El derecho penal ya no debe (o ya no debe únicamente) castigar, sino *infundir confianza* a la colectividad e incluso *educarla*; siendo así estas funciones de *tranquilización* y de *pedagogía* no pueden más que provocar una extensión del ámbito que debe ser cubierto por el derecho penal”<sup>34</sup>. En: Stortini 2003. pág. 14

<sup>35</sup> La revolución informática, la difusión de sustancias estupefacientes, las manipulaciones genéticas, el transplante de órganos, la irrupción del SIDA, la necesidad de protección del medio ambiente, la criminalidad económica, el crimen organizado y el terrorismo, etc. que hacen que el derecho penal deje de ser un instrumento para reaccionar ante daños y se convierta en factor para la prevención de riesgos. En el centro de este fenómeno está, a su vez, la asunción, por el discurso penal, del concepto de sociedad de riesgo, lo que ha traído como consecuencias inmediatas para el derecho penal, adelantar la barrera de protección y por este camino el delito ha dejado de ser una conducta que produce resultados dañinos a los bienes jurídicos, para ser un peligro abstracto a las condiciones de supervivencia de la sociedad. Y ese peligro, como normalmente no se conoce en toda su extensión, se presume y en algunos casos, se deduce estadísticamente.

<sup>36</sup> Me refiero particularmente a los problemas que plantea el concepto de derecho penal del enemigo. Sobre el tema, puede verse la excelente recopilación hecha en Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, 2006.

<sup>37</sup> Pratt, John (2007). *Penal populismo*. Routledge, London and New York.

En primer lugar, vuelve a tener una confianza absoluta en el derecho penal y en la pena. Su ingrediente de justicia es castigo, en términos inocultablemente kantianos. La verdad se levanta como una petición contra la impunidad y la reparación se disocia muy difícilmente de una petición retributiva.

En segundo lugar, se enmarca en un movimiento que trasciende las fronteras. Su apoyo inmediato son parámetros internacionales y su telón de fondo la Corte Penal Internacional. “En otras palabras, los Estados encuentran (en el avance del derecho internacional de los derechos humanos) cada vez mejores directrices y mayores restricciones para el diseño de su política de paz, de sus estrategias de guerra y de sus modelos de transición.”<sup>38</sup>

En tercer lugar, le apuesta a un proceso penal para la consecución de sus objetivos. En otra parte, he señalado las dificultades que tiene el proceso penal para satisfacer las pretensiones de *verdad, justicia y reparación* (González Zapata, 2006). Quisiera simplemente agregar algunas anotaciones sobre las dificultades que presentan tanto la dogmática penal como el mismo proceso penal para encarar fenómenos colectivos como los que se pretenden resolver mediante el esquema de la justicia transicional. Existe una dificultad estructural para el derecho penal y para la dogmática penal a la hora de enfrentarse a los conflictos colectivos.

Además, dados los términos en que los sistemas punitivos, y sobre todo la dogmática penal, reconstruyen el objeto de su intervención, esta sólo puede ser desplegada sobre actos que, aunque provengan de sujetos colectivos y de organizaciones de gran enlace y aunque suelen manifestarse como procesos dilatados en el tiempo, en el espacio y en su origen causal, pueden ser artificialmente reconducidos a una forma de conducta formalmente definible en un tipo ideal y atribuidos siempre a una persona individual; como este itinerario no puede ser fácilmente completado, en la mayoría de los casos el resultado de las investigaciones no hace sino consolidar la inmunidad concedida a estas actividades.<sup>39</sup>

La aprehensión de estos fenómenos quedará necesariamente recortada:

(...) el derecho penal agrega la arbitraria selección de sólo algunos de los trazos pertenecientes a la esfera de la trasgresión, que queda así reducida a sencillos y convencionalmente tipificables retazos de conducta que pueden ser reconducidos a actos aislados de su contexto y reconstruidos siempre como el producto de una actividad individual, y de esta manera no reflejan la índole procesal y colectiva de los conflictos que el derecho penal intenta regular.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Botero Merino, Catalina; Restrepo Saldarriaga, Esteban. *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. En: Uprimny, Rodrigo (dir) (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá. pág. 51

<sup>39</sup> Virgolini, Julio E. S. (2005). *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*. Editores del Puerto. Buenos Aires. pág. 172

<sup>40</sup> *Ibidem*. pág. 193

Como consecuencia de estas dificultades y de la manera de actuar del sistema penal, el movimiento de *verdad, justicia y reparación*, parece condenado a agregar a los dolores del ultraje, la frustración de sus objetivos.

Detrás de las responsabilidades focalizables en un autor individual suelen quedar indemnes la estructura, el sistema, el conjunto de las relaciones a las que el delito económico<sup>41</sup> es funcional; el autor individual es frecuentemente sustituible, su supresión no altera la estructura del grupo ni la índole y la dirección de sus actividades.<sup>42</sup>

Además de las dificultades para conseguir *la verdad, la justicia y la reparación* en un proceso penal a partir de la individualización, quisiera agregar el panorama general en el cual se inscribe.

1. *La verdad, la justicia y la reparación* se reclaman como principios universales que ningún Estado podría desconocer. Se parte entonces del supuesto de que todos los estados están en las mismas condiciones y por lo tanto, se les puede exigir de la misma manera. Obviamente, que nadie, más allá de una proclamación retórica, asume esto con seriedad. Hoy más que nunca los estados están debidamente clasificados, jerarquizados y ordenados. Algunos pueden violar soberbiamente normas internacionales y a otros se les controla en sus más mínimos detalles a través de bloqueos militares, presiones económicas y chantajes diplomáticos. A nombre de la humanidad se declaran y ejecutan guerras preventivas, con fundamentos falaces. ¿Qué nos hace pensar que un instrumento como el derecho penal, que ha sido siempre selectivo, discriminatorio y desigual, pueda mutar súbitamente de naturaleza simplemente porque se le declare universal o internacional? Ahora lo que ocurría entre individuos dentro de los estados, ocurrirá entre estados y grupos de estados. Las pruebas están a la vista: algunos se reservan el derecho de certificar a otros y de calificar quién es terrorista o quién no lo es.<sup>43</sup>
2. Si la pena no ha funcionado, ¿de dónde nace, sino es del olvido, la pretensión de que ahora sí tendrá sentido y producirá utilidades para todos?
3. Un punto que es muy importante y que está íntimamente relacionado con el populismo punitivo es el de las víctimas. Si antes, “La apelación a castigar los delitos en términos apasionados, el deseo de ver sufrir a los delincuentes y vengar a las víctimas, la preocupación explícita por expresar la indignación

---

<sup>41</sup> A pesar de que el autor se refiere a los delitos económicos, sus ideas son perfectamente aplicables a los delitos colectivos, tales como los que se presentan en Colombia por parte de los actores armados.

<sup>42</sup> Virgolini, Julio E. S. (2005). *Op. cit.* pág. 172

<sup>43</sup> También se habla de “potencias del mal” o de estados inviables.

pública, el reclamo de que debe hacerse justicia, de que la autoridad debe ser definida y de que el castigo debe ser soportado por los culpables, eran fines en sí mismos; todas estas manifestaciones de la justicia punitiva tradicional llegaron a ser considerados como algo de lo que se debía desconfiar y que iba en detrimento de una penología racional.<sup>44</sup> Ahora (...), el sistema de justicia penal se afana a reinventarse a sí mismo como una organización de servicios dirigidos a los individuos víctimas del delito, más que como una mera agencia de aplicación de la ley.<sup>45</sup>

Como lo recuerda Garland, “si las víctimas fueron alguna vez el resultado olvidado y ocultado del delito, ahora han vuelto para vengarse, exhibidas públicamente por políticos y operadores de los medios masivos de comunicación que explotan permanentemente la experiencia de la víctima en función de sus propios intereses.”<sup>46</sup>

El juego de suma cero que existe entre unos y otros asegura que cualquier demostración de compasión hacia los delincuentes, cualquier mención de sus derechos, cualquier esfuerzo por humanizar su castigo, puede ser fácilmente considerado un insulto a las víctimas y sus familias.<sup>47</sup>

Ya sabemos lo que ha significado el resurgimiento de las víctimas. Hoy en día las víctimas son exhibidas, literalmente, en carteles públicos para justificar la cadena perpetua,<sup>48</sup> al movimiento *de verdad, justicia y reparación* le queda muy difícil disociarse de él. En nuestro país está en marcha un referendo para implementar la cadena perpetua para algunos delitos sexuales. Ya sabemos lo que puede pasar con esto: si hay cadena perpetua para unos delitos, ¿por qué no para otros? Y el límite es imposible de fijar. Nos puede pasar como al aprendiz de brujo de Goethe, cuya moraleja es que no debemos iniciar una tarea, sino sabemos de antemano cómo se puede detener.

## Reflexiones finales

A diferencia de los movimientos abiertamente conservadores que legitiman el derecho penal apelando al orden y al respeto totémico de la ley, el movimiento *de verdad, justicia y reparación* lo hace con otros fundamentos, pero el resultado no es sustancialmente distinto.

---

<sup>44</sup> Garland, David (2005). *Op. cit.* pág. 91

<sup>45</sup> *Ibidem.* pág. 207

<sup>46</sup> *Ibidem.* pág. 241

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> Me estoy refiriendo a la campaña que actualmente se adelanta en Colombia con el fin de recaudar firmas para un referendo que establecería la pena de cadena perpetua para quienes cometan delitos sexuales contra menores. Un de las estrategias publicitarias de la campaña consistió en fijar en lugares públicos de Bogotá, un cartel con la fotografía de una menor víctima de abusos sexuales y homicidio.

Hemos visto justificar el derecho penal en nombre del contrato social, de la necesidad de proteger a la sociedad de los individuos peligrosos, para la protección bienes jurídicos, y ahora, se hace en nombre de la humanidad. Las justificaciones son muy diferentes pero probablemente lo justificado (el derecho penal) no lo sea tanto.

No quisiera entrar en la discusión acerca de lo podría entenderse, dentro del derecho penal, por humanidad. Probablemente están pendientes de respuesta unas preguntas más urgentes: ¿cómo se ha construido el concepto de humanidad para efectos penales, por parte de quiénes y para qué? No podemos olvidar que los sistemas penales, supuestamente humanos, han convivido pacíficamente con la prisión.<sup>49</sup> Algunas sospechas son inevitables: se ha construido en los países centrales, tal vez con el pretexto de imponer modelos políticos (la democracia electoral) y económicos (la economía de mercado) y se pretende como un concepto universal y por lo tanto todos debemos tener frente a él el mismo apego y la misma distancia. Estratégicamente la operación también resulta impecable para justificar y relegitimar el derecho penal: los estados ya no tienen ninguna necesidad de justificar el *ius puniendi* porque éste aparece como una obligación frente a la sedicente comunidad internacional y si no acatan ese mandato para eso está la Corte Penal Internacional o, inclusive, algún juez de cualquier país nostálgico de su antiguo esplendor colonialista, quien pretenda juzgar a quienes las excolonias no quieran o no puedan hacerlo. Otra vez, las reglas y los valores nos llegan como si todos realmente perteneciéramos a la misma comunidad, esa que se tantas restricciones le impone a las personas que llegan del Sur, pero que se afana porque dejen circular libremente las mercancías y los capitales.

Es indudable que el movimiento de *verdad, justicia y reparación* tiene como centro de preocupación a las víctimas. En nuestro país, que son tantas, que han sufrido lo insufrible y han sido silenciadas e invisibilizadas tantas veces, es apenas un modesto homenaje y reconocimiento a ellas pedir que ahora no se venga a instrumentalizarlas con propósitos poco claros. Si el interés por las víctimas va más allá de lo meramente retórico y por lo tanto es un interés realmente serio, ¿por qué sólo se les ofrece el inútil, doloroso, problemático y quimérico recurso del derecho penal?

---

<sup>49</sup> “Meter a alguien en la cárcel, encerrarlo, privarlo de comida, de calefacción, impedirle salir, hacer el amor, etc., ahí está la manifestación del poder más delirante que uno pueda imaginar”. En: Foucault, 1999. pág. 109

## Referencias bibliográficas

Anitua, Gabriel Ignacio (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

Baratta, Alessandro (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster, Siglo XXI editores Argentina, 1ª reimpresión.

Beccaria, César (1969). *De los delitos y de las penas*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid.

Beckett, Katherine y Western, Bruce (2007). *Crime control, America Style: from social Welfare to social control*. En: Vogel, Mary E. (ed). *Crime, inequality and the State*. Routledge, London and New York.

Botero Merino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban. *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. En: Uprimny, Rodrigo (dir) (2006) *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá.

Cancio Meliá y Gómez-Jara Díaz (2006). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Edisofer-editorial B. de F. Montevideo-Buenos Aires.

Carrara, Francesco (1983). *Programa de derecho criminal. Parte general. Volumen I*. trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Ed. Temis, Bogotá.

Christie, Nils (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?* Trad. Sara Costa. Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

De Giorgi, Alessandro (2005). *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Trad. Iñiqui Rivera Beiras y Marta Monclús Masó. Editorial Virus, Barcelona.

Foucault, Michel (1999). Los intelectuales y el poder. En: *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Vol. II. Barcelona: Paidós

\_\_\_\_\_ (1988). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 24ª edición. Siglo XXI editores, México,

\_\_\_\_\_ (2006). *Seguridad, territorio y población. Curso en el College de France 1977-1978*. trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1996). *Defender la sociedad*. Curso en el College de France (1975-1976), FCE, Buenos Aires.

García-Pablos de Molina, Antonio (1999). *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,

\_\_\_\_\_ (2005). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Garland, David (2005). *La Cultura del Control*. Trad. Máximo Sozzo. Editorial Gedisa S.A Barcelona.

González Zapata, Julio (2006). *Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal*. En: *Estudios Políticos*, número 27. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

\_\_\_\_\_ (2007). *La Justicia Transicional o la relegitimación del Derecho Penal*. En: *Estudios Políticos*, número 31. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

Larrauri, Elena (1991). *La herencia de la criminología crítica*. Siglo XX de España Editores S.A., Madrid.

Lea, John y Jock Young (2001). *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Trad. Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Martínez Sánchez, Mauricio (1995). *La abolición del sistema penal*. Reimpresión, ed. Temis, Bogotá.

Melosi, Darío y Pavarini, Massimo (1980). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, trad. Xavier Massimi, Editorial Siglo XXI, México.

Pratt, John. *Penal populismo*. Routledge, London and New York, 2007.

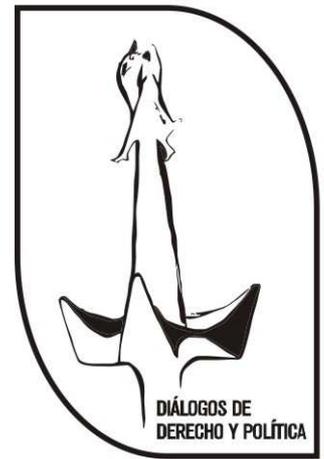
Rusche, George y Kirchhmer, Otto (1994). *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Ed. Temis, Bogotá.

Stortini, Luigi. Citado en: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*. Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (coords.)(2003). Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca.

Uprimny, Rodrigo (dir) (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá.

\_\_\_\_\_; María Paula Saffón (2005). *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: Rettberg, Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá.

Virgolini, Julio E. S. (2005). *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*. Editores del Puerto. Buenos Aires.



---

## Los instrumentos desarrollados por la Unión Europea para la gestión de crisis internacionales

**Dr. Antonio Manrique de Luna Barrios**

Licenciado en Derecho Peruano y Español. Máster en Comercio Exterior por la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Estudios Internacionales por la Universidad Pompeu Fabra, Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor de Derecho en la Universität Osnabrück (Alemania). Correo electrónico: [amanriqu@uni-osnabrueck.de](mailto:amanriqu@uni-osnabrueck.de)

## Resumen

La Unión Europea ha desarrollado una serie de instrumentos militares y civiles que le han permitido contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, según las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto, la Unión Europea ha contribuido a frenar las graves vulneraciones de los derechos fundamentales que se originaban como consecuencia de las crisis internacionales que se han ido presentando. Asimismo, a través de dicha actuación ha buscado consolidar su posición como actor internacional en un escenario en el cual es muy importante el ir ampliando las esferas de influencia.

**Palabras clave:** Gestión de crisis, Unión Europea, instrumentos militares, instrumentos civiles, paz y seguridad internacionales.

## Los instrumentos desarrollados por la Unión Europea para la gestión de crisis internacionales

### Introducción

Ante los diversos conflictos que surgieron con posterioridad al final de la guerra fría y que implicaron la aparición de graves crisis internacionales que fueron transformando el escenario internacional y que planteaban la necesidad de que se les diera una solución urgente, las Naciones Unidas alentaron la participación de las organizaciones regionales (en adelante ORs) para que contribuyeran a gestionar dichas crisis, dado que consideraba que a través de ello, las ORs le darían una importante contribución a sus propias capacidades en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Al respecto, es conveniente señalar que el concepto de gestión de crisis cubre un espectro de situaciones y actividades bastante amplio,<sup>1</sup> que, sin embargo, se identifica con una serie de intervenciones destinadas a poner un término a los conflictos armados, a proteger a las poblaciones civiles y a reconstruir los territorios devastados, a través de la combinación de medios militares y civiles.

En la presente investigación, se estudiarán temas como el rol de la Unión Europea en la gestión de crisis, los instrumentos militares y civiles que dicha organización ha desarrollado para gestionar las crisis internacionales y la experiencia de la UE en la gestión de las crisis que se producen más allá de sus fronteras. A continuación se analizará cada uno de estos aspectos.

### I. El rol de la Unión Europea en la gestión de crisis

En consideración del rol que han desempeñado las Naciones Unidas y la Unión Europea en el ámbito de la gestión de crisis, a través del presente trabajo se busca plantear diversos problemas en torno a esta materia. Así, en primer lugar, se trata de saber si se ha logrado diseñar una política general que sea aplicable para todos los supuestos en que se lleva a cabo una gestión de crisis, con independencia de la organización que la lleve a cabo; en segundo lugar, ante el supuesto de que dicha política general no se haya logrado, el determinar si la Unión Europea ha ido más allá en comparación con las Naciones Unidas, en el desarrollo de sus instrumentos para gestionar dichas crisis; y, en tercer lugar, si existen contradicciones entre los instrumentos que han adoptado para la gestión de las crisis la Unión Europea y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Al respecto, se debe señalar que en el marco de las Naciones Unidas existen diversos instrumentos para la gestión de crisis, respecto de los cuales dicha organización universal no tiene ni reivindica el monopolio de ninguno de esos

---

<sup>1</sup> Fondation Robert Schuman (2006). *L'Union Européenne et la gestion des crises. Question d'Europe*, vol. 22: pp.1-13.

instrumentos, en virtud de lo cual, las ORs y los Estados que lideran fuerzas multinacionales podrían utilizarlos. Entre los instrumentos que se utilizan por las Naciones Unidas para la gestión de crisis, se debe destacar la diplomacia preventiva, el establecimiento de la paz, el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, el desarme, las sanciones y la imposición de la paz.<sup>2</sup> Sin embargo, ante los acontecimientos dramáticos de 1989 y 1990 que transformaron el escenario político internacional y europeo, se permitió que los Estados Miembros pudieran adoptar otros instrumentos para gestionar las crisis.<sup>3</sup>

Es en ese contexto que la Unión Europea ha desarrollado instrumentos de carácter político-diplomático,<sup>4</sup> económico,<sup>5</sup> militar y civil, con la finalidad de contribuir a la gestión de crisis. Respecto de estos dos últimos, que empezaron a gestarse a través del Consejo Europeo de Colonia, que se llevó a cabo del 3 al 4 de junio de 1999, se debe indicar que se han visto complementados con el desarrollo de una capacidad europea de gestión de crisis que no ha afectado el vínculo trasatlántico con la OTAN,<sup>6</sup> y que a la fecha, les ha permitido desplegar operaciones de mantenimiento de la paz (en adelante OMPs) a nivel regional y global, pese a tener una corta existencia que se remonta en primer lugar al Tratado de Ámsterdam de 1997, en donde las tareas que se vinculaban a la gestión de crisis, que habían sido definidas apenas cinco años antes por la Unión Europea Occidental (EUO) como parte de la renovación de esa organización, fueron incluidas en las tareas de la Unión Europea, y, en segundo lugar, a la Declaración de Saint Malo del 4 de abril de 1998, en donde el Reino Unido y Francia plantearon la necesidad de que la UE

---

<sup>2</sup> Los tres primeros instrumentos de la gestión de crisis sólo se pueden utilizar con el consentimiento de las partes en el conflicto de que se trate. En cambio, las sanciones y la imposición de la paz son medidas coactivas, por lo que, por definición, no exigen el consentimiento de las partes afectadas, pero sí la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por su parte, el desarme, puede llevarse a cabo por acuerdo o en el contexto de las medidas coactivas previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Vid. Naciones Unidas (1995). *Suplemento de un Programa de Paz*. Documento A/50/60-S/1995/1, de 25 de enero de 1995, párrafos 23-24.

<sup>3</sup> *Ibid.* párrafo 25.

<sup>4</sup> Dentro de este tipo de instrumentos pueden encontrarse las Declaraciones Políticas que emite la UE, a través de las cuales manifiesta su preocupación, condena determinados actos, anuncia medidas punitivas o expresa su satisfacción. Un ejemplo de este tipo de instrumento, se encuentra en la Declaración de la Presidencia de la UE sobre la escalada de violencia en Oriente Próximo de 29 de marzo de 2001.

<sup>5</sup> Entre los instrumentos económicos de gestión de crisis que ha desarrollado la UE, se puede mencionar a la ayuda humanitaria de emergencia (que es gestionada por la Oficina de Ayuda Comunitaria de la Comisión Europea- ECHO), a través de la cual se ha financiado el retorno de refugiados, de personas desplazadas y de repatriados, en la medida en que el presupuesto comunitario cuenta con partidas específicas para poder responder a cualquier catástrofe natural o humana, entre las cuales se encuentra las guerras y los conflictos. Sobre otros instrumentos económicos, se puede consultar Rogers, Elizabeth (1996). *Using economic sanctions to control regional conflicts*. *Security Studies*, vol. 5 N° 4, Summer: pp. 43-72.

<sup>6</sup> Vid. Ortega, Martín (1999). *Una capacidad europea para la gestión de crisis*. *Política Exterior*, vol. 13 N° 70, julio-agosto: pp. 87-99.

emprendiera tales operaciones de manera autónoma. De este modo, la Unión Europea, empezó a desarrollar un rol más activo en la gestión de crisis a través de la realización de operaciones de mantenimiento de la paz, con la finalidad de adquirir una mayor presencia internacional, y de esta forma, poder consolidar su imagen en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales.

Luego de haber presentado el desarrollo que ha dado la UE a la gestión de crisis, se debe señalar que a la fecha, no ha sido posible el diseñar una política general que sea aplicable para la gestión de crisis, dado que el número y la complejidad de los diversos instrumentos que se han adoptado con la finalidad de solucionar dichas crisis, sean incrementado y han generado una serie de divergencias sobre la oportunidad de llevarlos a cabo y con las potestades que se tendrían para implementarlos. No obstante ello, el rol asumido por la UE en la gestión de crisis, no deja de ser un aporte interesante si desde sus experiencias, contribuirá a la discusión y el desarrollo de posibles herramientas para el control futuro de dichas crisis y de esta manera, será un soporte importante en el establecimiento de un sistema internacional firmemente establecido en la gestión de crisis.<sup>7</sup> Además, pese a respetar los lineamientos que inicialmente señaló las Naciones Unidas, la UE ha desarrollado ciertos instrumentos de gestión de crisis de manera más amplia que los establecidos en las Naciones Unidas, pero sujetándose en todo momento a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Teniendo en cuenta la importancia de dichos instrumentos de gestión de crisis, a continuación se desarrollarán los instrumentos de carácter militar y civil, que se han implementado por la Unión Europea con tal finalidad.

## **II. Los instrumentos militares y civiles que la Unión Europea ha desarrollado para gestionar las crisis internacionales**

La Unión Europea está buscando desarrollar una política que pretende implementar una capacidad operacional eficaz que permita solucionar los diversos problemas que se puedan presentar y que afecten la paz y la seguridad internacionales y la plena vigencia de los derechos fundamentales; dependiendo ello, en gran medida, de la habilidad de las instituciones implicadas en el mantenimiento de la paz –estructuras políticas y militares nacionales, organizaciones internacionales y regionales– para identificar, para designar y para apoyar un funcionamiento eficaz al respecto.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Brodersen, Dirk (1996). *Konfliktvorbeugung und Krisenbewältigung. Europäische Sicherheit*, 45 Jg. N° 6, Juni, s. 50-52.

<sup>8</sup> Vid. Ekengren, Magnus and Rhinard, Mark (2006). *European Union Crisis Management (EUCM): the interface between Union institutions and EU member states*, ECMA Conference *Future challenges for crisis management in Europe*. 3-5 May 2006, Stockholm, Sweden.

## 1. Los instrumentos militares de la Unión Europea para la gestión de crisis

Con la finalidad de que la Unión Europea pudiera desempeñar plenamente su papel en el ámbito internacional, y que, de esta manera, superara su evidente incapacidad para gestionar crisis de naturaleza militar, tal como había ocurrido durante los conflictos de Bosnia-Herzegovina y de Kosovo,<sup>9</sup> se decidió a través del Consejo Europeo de Colonia, que se llevó a cabo del 3 al 4 de junio de 1999, dotarla de una serie de medios y recursos que le permitieran asumir sus responsabilidades respecto de la Política Europea de Seguridad y de Defensa Común a través de una acción autónoma, respaldada por unos recursos militares dignos de crédito y por órganos decisorios adecuados. Con ello, se permitió que la Unión Europea llevara a cabo las misiones de Petersberg, que habían sido incorporadas dentro de las funciones de la UE, a través del Tratado de Ámsterdam.<sup>10</sup> Asimismo, para lograr tal cometido, se estableció la necesidad de desarrollar una cooperación entre la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en virtud de lo cual, aquélla pudiera optar, según las circunstancias, entre las misiones que dirigiría utilizando los medios y recursos de la OTAN y las misiones que dirigiría sin utilizar los medios y recursos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

Posteriormente, durante el Consejo Europeo de Helsinki, que se llevó a cabo del 10 al 11 de diciembre de 1999, se profundizó en la idea de crear una capacidad de decisión autónoma (*Headline Goal*), que le permitiera a la Unión Europea llevar a cabo las operaciones militares que se enmarcan dentro de su Política Exterior de Seguridad y Defensa (segundo pilar de la Unión Europea), con la finalidad de dar una respuesta a las crisis internacionales que se estaban produciendo. Así, se estableció que a más tardar en 2003, la UE debía estar en condiciones de desplegar en el plazo de 60 días y mantener durante un mínimo de un año fuerzas militares de hasta 50.000 ó 60.000 personas capaces de ejercer toda la gama de las misiones Petersberg.<sup>11</sup> Sin embargo, era evidente que la UE no podría en virtud de dicha

<sup>9</sup> Al respecto, puede consultarse Treacher, André (2004). *From civilian power to military actor: the EU's resistable transformation*. *European Foreign Affairs Review*, N°9: pp. 49-66.

<sup>10</sup> Vid. Unión Europea (1999). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia*, 3-4 de junio; Ortega, Martín (2004). pp. 87-99; Oreja, Marcelino (1998). *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios* (Madrid, McGraw-Hill) pp. 366-374.

<sup>11</sup> En tal sentido, se estableció que dichas fuerzas debían ser autónomas desde un punto de vista militar y tener las capacidades necesarias en materia de mando, control, inteligencia, logística y otros servicios de apoyo a las operaciones de combate, además de contar, cuando sea necesario, con elementos navales y aéreos. Vid. *Informe de la Situación de la Presidencia al Consejo Europeo de Helsinki sobre el Refuerzo de la Política Europea Común de Seguridad y Defensa*. Anexo 1 del Anexo IV a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Helsinki. Al respecto, también se puede consultar a Schmitt, Burkard (2001). *European capabilities action plan (ECAP)*. Disponible en: [www.iss-eu.org/esdp/06-bsecap.pdf](http://www.iss-eu.org/esdp/06-bsecap.pdf) (fecha de consulta 10 de julio de 2008); Duke, Simon (2002). *The EU and crisis management: Development and prospects*. (Maastricht, European Institute of Public Administration) pp.43-44.

fuerza afrontar los riesgos que se pudieran presentar durante la realización de una operación de paz compleja, ante lo cual, fue necesario establecer modalidades de consulta, cooperación y transparencia entre la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, para, de esta manera, tener acceso a los recursos de dicha organización regional euro-occidental.<sup>12</sup>

Igualmente, se estableció la necesidad de que se crearan nuevos órganos y estructuras de carácter político y militar que le permitan a la UE garantizar la orientación política y la dirección estratégica necesarias para dichas operaciones, respetando el marco institucional único.

## 2. Los instrumentos civiles de la Unión Europea para la gestión de crisis

Ante los temores que existía en algunos Estados miembros (específicamente en los países escandinavos) de que la Unión Europea sufriera un proceso de militarización, se decidió plantear en el Consejo Europeo de Colonia,<sup>13</sup> la necesidad de que la UE asumiera también un rol en la gestión de las crisis civiles. Posteriormente, dicho planteamiento se formalizó a través del Consejo Europeo de Helsinki, en donde se indicó que “se establecería un mecanismo de gestión no militar de crisis para coordinar y hacer más eficaces los distintos medios y recursos civiles, paralelamente a los militares, de que disponen la UE y los Estados miembros.” Finalmente, fue a través del Consejo Europeo de Santa María de Feira, llevado a cabo del 19 al 20 de junio de 2000, que se estableció una serie de tareas sobre las actividades de policía, el restablecimiento del Estado de Derecho, la administración y protección civil, dentro del pleno respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas<sup>14</sup> y con la finalidad de contribuir a la construcción de una Política Europea de Seguridad y Defensa, que pudiera reforzar la actuación exterior de la UE a través del desarrollo de una capacidad militar de gestión de crisis así como de una capacidad civil.

De las tareas antes referidas, que se empezaron a llevar a cabo con la finalidad de contribuir a la gestión de las crisis civiles, se debe destacar la realización de los aspectos relativos a la actividad policial, en virtud de lo cual se estableció el objetivo general de formar para el año 2003 a 5000 agentes policiales con capacidad de ser desplegados en misiones de prevención y gestión de crisis, al tiempo que con carácter de urgencia se preveía el despliegue de hasta 1.000 policías en un plazo de 30 días en caso de conflicto inminente o de situación

<sup>12</sup> Vid. Unión Europea (1999). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Helsinki*, 10-11 de diciembre.

<sup>13</sup> Vid. Unión Europea (1999). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia*, 3-4 de junio.

<sup>14</sup> Según el Consejo de Santa María de Feira, el desarrollo de la capacidad civil de la UE, debía darse en cuatro sectores como son: la policía, el fortalecimiento del Estado de Derecho, el fortalecimiento de la administración civil y la protección civil. Vid. Unión Europea (2000). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa María de Feira*, 19-20 de junio.

inmediatamente posterior al conflicto.<sup>15</sup> Con posterioridad a ello, a través del Consejo Europeo de Gotemburgo, se puso en marcha un Plan de Acción para el desarrollo de una fuerza policial europea.<sup>16</sup>

Respecto del cumplimiento de los objetivos trazados en este ámbito de la gestión de las crisis civiles, se debe señalar que en virtud del compromiso voluntariamente asumido por parte de los Estados miembros de la UE, se ha logrado alcanzar tales metas<sup>17</sup> y se ha proyectado el seguir profundizando sus capacidades de acuerdo a lo establecido en el Plan de Acción para los Aspectos Civiles de la PESD,<sup>18</sup> que fue adoptado en el Consejo Europeo de Bruselas, entre el 17 y 18 de junio de 2004.

### **3. La búsqueda de un desarrollo equilibrado de los instrumentos militares y civiles de la Unión Europea para la gestión de crisis**

En diciembre de 2001, durante el Consejo Europeo de Laeken, se hizo una especial referencia al desarrollo equilibrado de las capacidades militares y civiles, en virtud de lo cual se estableció que el desarrollo de dichas capacidades implicaba una coordinación estrecha entre todos los medios e instrumentos tanto civiles como militares de que dispone la Unión Europea. Así, se estableció que se debía dar una especial atención al fortalecimiento de las capacidades militares y al hecho de evitar cualquier duplicación de esfuerzos en la gestión de crisis; en virtud de ello, era esencial que se prestara también atención a lo establecido al respecto por la OTAN. Por su parte, en cuanto a las capacidades civiles de la UE, se estableció

---

<sup>15</sup> Vid. *Ibid.*, párrafo 11. Según se estableció en el Consejo Europeo de Santa Maria de Feira, la UE, debía aumentar su capacidad en los aspectos civiles de la gestión de crisis, con el objetivo de mejorar su potencial para salvar vidas humanas en situaciones de crisis, para mantener el orden público básico, evitar una mayor escalada y facilitar el regreso a una solución pacífica, entre otros aspectos. Vid. Unión Europea. *Estudio sobre objetivos concretos relativos a los aspectos civiles de la gestión de crisis* (Apéndice 3 del Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia de Santa Maria de Feira); Unión Europea. *Objetivos concretos para la policía* (Apéndice 4 del Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa Maria de Feira). No obstante ello, este mecanismo de gestión de crisis civiles, debía ser complementado con los instrumentos de política exterior que ya existían en el marco del primer pilar (capacity-building), y que estaban destinados a apoyar la formación policial, reforzar la administración de justicia, entre otros aspectos.

<sup>16</sup> Vid. Unión Europea (2001). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo*, 15-16 de junio.

<sup>17</sup> Vid. Unión Europea. *Conferencia Ministerial sobre capacidades para la gestión civil de crisis*. Bruselas, 19 de noviembre de 2002. (Documento S0217/02).

<sup>18</sup> Respecto de la pertenencia de las operaciones civiles de la UE al conjunto de acciones de su segundo pilar, existen discrepancias. De esta manera, mientras que para el Consejo dichas acciones pertenecen al segundo pilar de la UE, para la Comisión –que tiene una visión mucho más amplia de la gestión de crisis (ayuda humanitaria, asistencia técnica, institution-building, etc.)–, no necesariamente estarían comprendidas dentro de ese pilar. Vid. Gourlay, Catriona (2004). *European Union procedures and resources for crisis management. International Peacekeeping*, vol. 11, N°3: pp. 404-421.

la necesidad de establecer cooperaciones y soluciones nuevas que permitan desplegar operaciones policiales de manera rápida y eficaz.<sup>19</sup>

De otro lado, en el Consejo Europeo de Sevilla, de junio de 2002, la Unión Europea confirmó que estaba en condiciones de llevar a cabo operaciones de gestión de crisis, y en virtud de ello decidió que llevaría a cabo la Misión de Policía de la Unión Europea en Bosnia-Herzegovina, que finalmente reemplazó a la Misión de las Naciones Unidas a partir de enero de 2003.<sup>20</sup> Igualmente, durante dicho Consejo Europeo, se anunció la intención de la UE de asumir el relevo de la OTAN en la ex -República Yugoslava de Macedonia, ante lo cual se encomendó al Secretario General/Alto Representante de la PESC que mantuviera contacto con los representantes de la OTAN a fin de relevarla en la OMP que venía realizando en aquel país, teniendo en cuenta lo establecido en el Acuerdo entre la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte. En cuanto al ámbito civil de la gestión de crisis, el presente Consejo señaló que se continuaría trabajando cualitativa y cuantitativamente en la mejora de los aspectos relativos a la policía, el Estado de Derecho, la administración civil y la protección civil.

#### **4. La cooperación con la OTAN: los Acuerdos Berlín Plus**

Tomando en consideración lo establecido en el Consejo Europeo de Bruselas, que se llevó a cabo del 24 al 25 de octubre de 2002, se estableció una serie de modalidades a través de las cuales se daría aplicación a las disposiciones del Consejo Europeo de Niza, en lo relativo a la cooperación entre la Unión Europea y la OTAN. En tal sentido, el 16 de diciembre de 2002, ambas organizaciones regionales euro-occidentales, en el marco de los Acuerdos Berlín Plus, adoptaron un compromiso de asociación estratégica en materia de gestión de crisis, en virtud del cual, la Unión Europea podía conducir sus operaciones de mantenimiento de la paz, utilizando los activos y capacidades de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.<sup>21</sup> Asimismo, podía tener acceso a las capacidades de planeamiento de dicha OR y a sus medios y capacidades militares.

De esta manera, se establecieron dos modalidades respecto de las OMPs que dirigía la Unión Europea. Así, se establecieron en primer lugar las operaciones que

---

<sup>19</sup> Vid. Unión Europea (2001). *Declaración de Operatividad de la Política Europea Común de Seguridad y Defensa*. Anexo II a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, 14-15 de diciembre, punto c.

<sup>20</sup> Vid. Unión Europea (2002). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla*. 21-22 de junio, párrafo 13.

<sup>21</sup> Respecto de la vinculación entre la UE y la OTAN, se puede consultar Álvarez, Milagros (2002). *La relación de consulta y cooperación entre la Unión Europea y la OTAN*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 6 N°12: pp. 471-487.

son dirigidas por la UE con medios y capacidades de la OTAN,<sup>22</sup> en donde los aliados europeos que no fuesen miembros de la UE, podían participar y contribuir al planeamiento y a los preparativos de la OMP, conforme a los procedimientos establecidos en la OTAN, si respetan lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea y en las conclusiones y textos aprobados por el Consejo Europeo. En contraposición a ello, en segundo lugar se establecieron las operaciones de mantenimiento de la paz, que eran dirigidas por la Unión Europea sin usar los medios y capacidades de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en donde se podía invitar a los aliados europeos a participar mediante una decisión del Consejo, teniendo en cuenta sus intereses de seguridad.<sup>23</sup> En virtud de ello, la Unión Europea pudo servirse de estos medios para llevar a cabo sus operaciones de mantenimiento de la paz y dotarse en 2003 de una fuerza de reacción rápida que contará en un futuro con 60000 hombres. Así, la primera aplicación del acuerdo sobre el terreno tuvo lugar en el marco de la Operación Concordia, que fue establecida en la ex-República Yugoslava de Macedonia como la primera operación militar que se llevó a cabo por la UE utilizando los medios y capacidades de la OTAN.

Igualmente, la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte se han comprometido a conducir sus actuaciones de manera transparente y coordinada, estableciendo para ello un marco institucional de interacción.<sup>24</sup> De este modo, se ha determinado que dichas consultas se podrán llevar a cabo entre el Comité Político y de Seguridad de la UE (COPS) y el Consejo del Atlántico Norte (CAN), las cuales, además, podrán ser llevadas a cabo entre el Comité Militar de la UE y el Comité Militar de la OTAN o entre el Secretario General/Alto Representante de la UE y el Secretario General de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

Posteriormente, a través del Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 2003, se expresó la satisfacción por el desarrollo positivo de las operaciones de mantenimiento de la paz que la UE había llevado a cabo hasta esa fecha, plasmándose, además, la intención de realizar una misión de carácter militar en

<sup>22</sup> Vid. Unión Europea (2002). *Aplicación de las Disposiciones de Niza sobre la participación de aliados europeos que no son miembros de la Unión Europea. Anexo II a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas*, 24-25 de octubre, párrafo 11.

<sup>23</sup> De presentarse el caso de que un aliado europeo que no sea miembro de la Unión Europea, plantee objeciones a la realización de una operación autónoma de la Unión Europea, o declare que la operación puede afectar sus intereses de seguridad nacional, el Consejo mantendrá consultas con dicho aliado y, atendiendo a su resultado, decidirá sobre la participación del aliado, teniendo presente las disposiciones del TUE, las obligaciones que emanen del Tratado de la OTAN y los principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>24</sup> Vid. Haine, Jean-Yves (2007). *Berlin Plus*. En: [www.iss-eu.org/esdp/03-jyhb%2B.pdf](http://www.iss-eu.org/esdp/03-jyhb%2B.pdf) (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2007); EUROPEAN UNION (2007): "EU-NATO: The Framework for Permanent Relations and Berlin Plus". Disponible en: <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/03-11-11%20Berlin%20Plus%20press%20note%20BL.pdf> (fecha de consulta : 10 de noviembre de 2007).

Bosnia-Herzegovina que sustituyera a la misión de la OTAN que se encontraba desplegada en aquel país, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo Berlín Plus. Así, se desplegó la Misión EUFOR-ALTHEA (segunda OMP que despliega la UE, utilizando las capacidades de la OTAN).

Por su parte, durante el Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2004 se hizo una especial referencia al documento *“Defensa Europea: Consulta, Planeamiento y Operaciones entre la OTAN y la Unión Europea”*, en donde se estableció que era necesario realizar una serie de trabajos que condujeran a la creación de una célula civil y militar en el seno del Estado Mayor de la Unión Europea, precisándose, además, la necesidad de crear una pequeña célula de la Unión Europea en el Cuartel General Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa y los correspondientes procedimientos de enlace entre la OTAN y el Estado Mayor de la Unión Europea; en atención a ello, se propuso al Secretario General/Alto Representante de la PESC que estableciera un diálogo con el Secretario General de la OTAN para propiciar un acuerdo al respecto.<sup>25</sup> A su vez, se estableció la necesidad de crear un centro de operaciones en el que se pudiese planear y dirigir las OMPs que habían sido previstas en el Tratado de la UE.

### III. La experiencia de la Unión Europea en la gestión de las crisis que se producen más allá de sus fronteras

El desarrollo de las actividades de la Unión Europea en el exterior ha planteado la necesidad de abordar temas relativos al alcance geográfico de la Política Europea de Seguridad y Defensa; las ventajas comparativas de que se despliegue una OMP de dicha OR euro-occidental para solucionar una determinada crisis; determinar si se requiere de un mandato previo de las Naciones Unidas; los límites en la intensidad de la operación y el estilo de la intervención.<sup>26</sup> Sobre el primero de los aspectos antes referidos, se debe indicar que a través de sus actuaciones, la UE, ha evidenciado su voluntad de desarrollarse como un actor global en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y en virtud de ello ha desplegado sus operaciones de paz no solamente en Europa<sup>27</sup>, sino que además lo

<sup>25</sup> Unión Europea (2004). *Defensa Europea: Consulta, Planeamiento y Operaciones entre la OTAN y la Unión Europea*. Informe de 15 de junio; Messervy-Whiting, Gram (2005). *The Growing EU-NATO Relationship: Beyond Berlin*. *The International Spectator*, vol. XL N°2, April-June: pp.63-73

<sup>26</sup> Bayles, Alison (2003). *The Institutional Reform of ESDP and Post-Prague NATO*. *The International Spectator*, vol. XXXVIII N°3: pp. 31-46.

<sup>27</sup> Durante el conflicto en Georgia, la Unión Europea desplegó una Misión de Observación en aquel país, con la finalidad de contribuir a restablecer la paz y seguridad en dicha zona. No obstante, un aspecto que no debe pasar desapercibido en el ámbito internacional, es el hecho de que dicha actuación constituye uno de los primeros despliegues de la UE sobre una zona a la que Moscú considera de su exclusiva influencia y en donde con anterioridad, solamente actuaban las Fuerzas de Paz de la Comunidad de Estados Independientes y de las Naciones Unidas. Al respecto, puede consultarse Manrique de Luna, Antonio (2009). *The observation mission of the European Union in Georgia: Functions assumed by this peacekeeping operation*. *Journal of International*

ha hecho en África (a través de la Operación Artemis, la Misión de Policía de la Unión Europea en Kinshasa y la Misión de Apoyo de la UE a la Unión Africana en Darfur); en Asia (a través de la Misión de Observación en Aceh en Indonesia); y en Oriente Medio (a través de la Misión Eupol Copps y de la Misión de Asistencia Fronteriza de la Unión Europea para el Paso Fronterizo de Rafah, en los Territorios Palestinos).<sup>28</sup>

Por su parte, en lo relativo a las ventajas que implica desplegar una operación de la UE, se debe destacar el hecho de que dicha OR euro-occidental, cuenta con una gran aceptación en el escenario internacional, que no presenta obstáculos, cuando se requiere del consentimiento de los Estados en cuyo territorio se va a producir el despliegue de una operación de mantenimiento de la paz, que se encuentra dirigida por ella, ya sea de manera autónoma o en aplicación de los Acuerdos Berlín Plus. No obstante ello, se debe indicar que la Unión Europea aún sigue dependiendo de las capacidades militares de la Organización del Tratado del Atlántico Norte para la realización de las operaciones de mayor intensidad, o también denominadas operaciones complejas; sin embargo, respecto de las operaciones de baja intensidad, la Unión Europea sí ha podido desplegarse de manera autónoma.

En cuanto al hecho de si la UE considera necesario contar con un mandato de las Naciones Unidas en forma previa al despliegue de sus operaciones, se debe indicar que en todo momento la UE ha actuado de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, dado que cuando ha llevado a cabo operaciones de carácter militar, ha contado con autorización previa del Consejo de Seguridad; sin embargo, en el caso de las operaciones de carácter civil, ha actuado en forma directa y sin contar con autorización alguna de esta instancia decisoria. Al respecto, se debe señalar que dicha práctica en nada vulnera las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, si cuentan con el consentimiento previo del Estado en cuyo territorio se va a llevar a cabo el despliegue.

Respecto de la intensidad de la operación que lleve a cabo la Unión Europea, como anteriormente se ha señalado, no existe un consenso entre los Estados miembros sobre el tipo de operaciones en que la UE estaría dispuesta a participar y el tipo de misiones en los que, por su distancia de la Unión o por su complejidad, preferiría no hacerlo.<sup>29</sup> Finalmente, en cuanto al estilo de las intervenciones de la

---

*Law of Peace and Armed Conflict*, vol.22 N°1:pp.41-43; Manrique de Luna, Antonio (2008). *Der Konflikt in der Separatistenregion von Südossetien (Georgien)*. BOFAXE N°325D. Disponible en: <http://www.ifhv.rub.de/imperia/md/content/publications/2008/bofax325d.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

<sup>28</sup> Vid. Giegerich, Bastian and Wallace, William (2004). *Not Such a Soft Power: The External Deployment of European Forces*. *Survival*, vol.46 N°2, summer: pp.163-182.

<sup>29</sup> Vid. Millares, Débora (2004). *La Capacidad de Acción de la Unión Europea: Análisis de las Recientes Misiones de Gestión Civil y Militar de Crisis en el Marco de la PESC*. *Revista General de Derecho Europeo*, N°3: pp. 1-14.

Unión Europea, ellas se han caracterizado por el hecho de haberse llevado a cabo por períodos de tiempo muy reducidos y por el hecho de haber evitado participar en operaciones de imposición de la paz, con la salvedad de la Operación Artemis.

Tomando ello en consideración, el Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2005 hizo una especial referencia al rol de la UE en la República Democrática del Congo y a las nuevas tareas que había asumido la Misión de Policía de la UE en Kinshasa, que fue desplegada el 8 de junio de 2005, al considerarlas como un ejemplo del aporte de la UE a la paz y seguridad en el continente africano. Igualmente, en virtud de los nuevos requerimientos a la participación internacional de la UE en la gestión civil y militar de crisis, se decidió continuar desarrollando su capacidad militar en el ámbito de las agrupaciones tácticas en lo relativo a la reacción rápida de la Unión Europea ante las crisis que se presenten. Respecto de sus capacidades civiles, se decidió seguir trabajando los aspectos vinculados con la planificación estratégica, la estabilización, la reconstrucción, la prevención de los conflictos, el desarrollo institucional y el apoyo a las operaciones humanitarias.<sup>30</sup>

Por su parte, durante el Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 2005, la UE reiteró la importancia de apoyar el proceso de paz en Oriente Próximo, a través del despliegue de la misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para la observación del paso fronterizo de Rafah, así como también, la conveniencia de reforzar la capacidad de gestión fronteriza palestina.<sup>31</sup> Finalmente, desde el Consejo Europeo de Bruselas de marzo de 2006, la Unión Europea ha tratado de fortalecer sus relaciones con África en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; en virtud de lo cual ha reafirmado su compromiso de seguir apoyando a la Misión de la Unión Africana en Sudán (AMIS), teniendo en cuenta los nuevos cometidos derivados del Acuerdo de Paz de Darfur y la necesidad de garantizar una transición sin obstáculos a una operación de las Naciones Unidas en la región. Asimismo, según se estableció en el Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2006, la UE desplegó en la República Democrática del Congo la operación militar EUFOR RD Congo, con la finalidad de que prestara apoyo a la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) durante el proceso electoral que se llevó a cabo en aquel país.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Unión Europea (2005). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas*, 16-17 de junio, párrafos 78-81.

<sup>31</sup> Unión Europea (2005). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas*, 15-16 de diciembre, párrafos 10-13.

<sup>32</sup> Vid. Unión Europea (2006). *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas*, 23-24 de marzo, Anexo VI, "Declaración sobre África"; Unión Europea (2006). *Acción Común del Consejo 2006/319/CFSP*, de 27 de abril; Naciones Unidas (2006). *Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1671 (2006)*, de 25 de abril.

## Conclusión

En atención al rol preponderante que ha asumido la Unión Europea en el escenario internacional, debe indicarse que ha tenido que desarrollar una serie de nuevos y complejos instrumentos que le han permitido contribuir a la paz y seguridad internacionales.

Desde este punto de vista, la Unión Europea no solamente se ha limitado a llevar a cabo un rol preponderante en la gestión de crisis cuando afecta o se podría afectar sus intereses o los de sus ciudadanos, sino que ha ido más allá al realizar actuaciones en diversos escenarios internacionales en la medida en que su actividad era requerida, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las personas que se encontraban en dichas zonas en conflicto. Sin embargo, a pesar de los logros alcanzados por la Unión Europea en la gestión de crisis, resulta conveniente seguir perfeccionando sus estrategias e instrumentos civiles y militares para la gestión de las mismas, con la finalidad de que los europeos puedan asumir de forma real y eficaz sus responsabilidades en el marco de una Comunidad Internacional, constantemente afectada por los conflictos internos e internacionales, las violaciones de los derechos fundamentales, el terrorismo, entre otros aspectos.

En tal sentido, aspectos como el desarrollar instrumentos adecuados, flexibles e interoperativos, resultan de gran utilidad y son fundamentales para que la Unión Europea lleve a cabo sus actividades dentro y fuera de su territorio, ya sea a través de misiones civiles o de operaciones militares de diferente naturaleza.

Igualmente, se considera oportuno que la Unión Europea adquiriera una mayor autonomía en el despliegue de sus fuerzas sobre una determinada zona para contribuir a gestionar una crisis internacional; ello, no obstante la excelente cooperación que existe actualmente entre la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, toda vez que le permite a la Comunidad Internacional contar con un actor global plenamente identificado con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

## Referencias bibliográficas

### Libros y publicaciones periódicas

Álvarez, Milagros (2002). *La relación de consulta y cooperación entre la Unión Europea y la OTAN*. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 6 N°12: pp. 471-487.

Bayles, Alison (2003). *The Institutional Reform of ESDP and Post-Prague NATO*. *The International Spectator*, vol. XXXVIII N°3: pp. 31-46.

Brodersen, Dirk (1996). *Konfliktvorbeugung und Krisenbewältigung*. *Euro-päische Sicherheit*, 45 Jg. N° 6, Juni, s. 50-52.

Duke, Simon (2002). *The EU and crisis management: Development and prospects*. (Maastricht, European Institute of Public Administration) pp.43-44.

Ekengren, Magnus and Rhinard, Mark (2006). *European Union Crisis Management: the interface between Union institutions and EU member states*. ECMA Conference *Future challenges for crisis management in Europe*, 3-5 May 2006, Stockholm, Sweden.

Fondation Robert Schuman (2006). *L'Union Européenne et la gestion des crises*. *Question d'Europe*, vol. 22 : pp.1-13.

Giegerich, Bastian and Wallace, William (2004). *Not Such a Soft Power: The External Deployment of European Forces*. *Survival*, vol.46 N°2, summer: pp.163-182.

Gourlay, Catriona (2004). *European Union procedures and resources for crisis management*. *International Peacekeeping*, vol. 11, N°3: pp. 404-421.

Manrique de Luna, Antonio (2009). *The observation mission of the European Union in Georgia: Functions assumed by this peacekeeping operation*. *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol.22 N°1:pp.41-43.

Messervy-Whiting, Gram (2005). *The Growing EU-NATO Relationship: Beyond Berlin*. *The International Spectator*, vol. XL N°2, April-June: pp.63-73.

Millares, Débora (2004). *La Capacidad de Acción de la Unión Europea: Análisis de las Recientes Misiones de Gestión Civil y Militar de Crisis en el Marco de la PESC*. *Revista General de Derecho Europeo*, N°3: pp. 1-14.

Oreja, Marcelino (1998). *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*. McGraw-Hill, Madrid, pp. 366-374.

Ortega, Martín (1999). *Una capacidad europea para la gestión de crisis*. *Política Exterior*, vol. 13 N° 70, julio-agosto: pp. 87-99.

Rogers, Elizabeth (1996). *Using economic sanctions to control regional conflicts*. *Security Studies*, vol. 5 N° 4, summer: pp. 43-72.

Treacher, André (2004). *From civilian power to military actor: the EU's resistable transformation*. *European Foreign Affairs Review*, N°9: pp. 49-66.

## **Documentos de la Unión Europea y de las Naciones Unidas**

### **a. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo**

Consejo Europeo de Colonia, 3-4 de junio de 1999.  
 Consejo Europeo de Helsinki, 10-11 de diciembre de 1999.  
 Consejo Europeo de Santa Maria de Feira, 19-20 de junio de 2000.  
 Consejo Europeo de Gotemburgo, 15-16 de junio de 2001.  
 Consejo Europeo de Laeken, 14-15 de diciembre de 2001.  
 Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002.  
 Consejo Europeo de Bruselas, 24-25 de octubre de 2002.  
 Consejo Europeo de Bruselas, 16-17 de junio de 2005.  
 Consejo Europeo de Bruselas, 15-16 de diciembre de 2005.  
 Consejo Europeo de Bruselas, 23-24 de marzo de 2006.

### **b. Otros Documentos**

UE, Informe *Defensa Europea: Consulta, Planeamiento y Operaciones entre la OTAN y la Unión Europea*. Junio 15 de 2004.

UE, Conferencia Ministerial sobre capacidades para la gestión civil de crisis, Bruselas, 19 de noviembre de 2002. (Documento S0217/02).

UN, Suplemento de un Programa de Paz, Documento A/50/60-S/1995/1, de 25 de enero de 1995.

### **c. Disposiciones normativas citadas:**

Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1671 (2006), de 25 de abril.

Acción Común del Consejo 2006/319/CFSP, de 27 de abril.

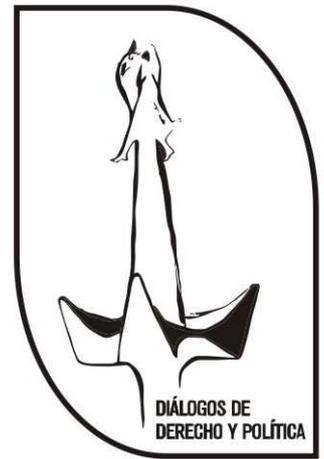
### Direcciones electrónicas

EU (2007). *EU-NATO: The Framework for Permanent Relations and Berlin Plus*. En: <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/03-11-11%20Berlin%20Plus%20press%20note%20BL.pdf> (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2007).

Haine, Jean-Yves (2007). *Berlin Plus*. En: [www.iss-eu.org/esdp/03-jyhb%2B.pdf](http://www.iss-eu.org/esdp/03-jyhb%2B.pdf) (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2007).

Manrique de Luna, Antonio (2008). *Der Konflikt in der Separatistenregion von Südossetien (Georgien)*. BOFAXE N°325D. En: <http://www.ifhv.rub.de/imperia/md/content/publications/2008/bofax325d.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

Schmitt, Burkard (2001). *European capabilities action plan (ECAP)*. En: [www.iss-eu.org/esdp/06-bsecap.pdf](http://www.iss-eu.org/esdp/06-bsecap.pdf) (fecha de consulta: 10 de julio de 2008).



---

# Élites, clases y poder político

## A los 110 Años de la Guerra de los Mil Días

**Rafael Rubiano Muñoz**

Sociólogo y Magíster en Ciencia Política, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Profesor adscrito al Pregrado en Ciencia Política, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico:  
[rafael.rubiano@gmail.com](mailto:rafael.rubiano@gmail.com)

## Resumen

A finales del siglo XIX, las élites en Colombia se enfrentaron en una nueva conflagración bélica, que demostraba las disputas que se acumularon en más de un siglo, no solamente por el control del poder político, sino igualmente, por las diferencias en los modelos económicos que se trataban de imponer en un contexto de inserción al mercado mundial. El siguiente artículo explora las causas de la “Guerra de los Mil días”, ocasionada por las divergencias en los dos modelos que soportaban las clases dirigentes de la nación; el hacendario aristocrático de estirpe conservadora, el conocido como la “Regeneración”, y el modelo de libre mercado definido por la agroexportación, liderado por liberales radicales y conservadores moderados. Esta contienda armada tuvo diversas consecuencias, entre las que se destacan primordialmente, la pérdida del Canal de Panamá, una tendencia autoritaria y presidencialista de la mano del nuevo gobierno emergente, el de Rafael Reyes, como la entrada de Colombia al siglo XX, bajo la perspectiva de una modernidad reaccionaria, donde se mantenían los legados de la sociedad tradicional y la inserción de algunos trazos de modernidad, en una tensión de procesos políticos inconclusos y contradictorios.

**Palabras clave:** Guerra; Órdenes sociales; Liberalismo; Conservadurismo; Poder Político; Élites.

## Élites, clases y poder político. A los 110 Años de la Guerra de los Mil Días

### 1. Liberalismo radical y sociedad tradicional: una disyuntiva política de Colombia en el siglo XIX

A lo largo del siglo XIX, la política colombiana se desarrolló a través de guerras y pactos, acuerdos y confrontaciones, contiendas y consensos, entre las élites, las clases sociales que representaban y los ciudadanos, que le dieron forma no solamente a la identidad nacional, sino también, se constituyeron en la cultura jurídica del país durante un largo tiempo. No por casualidad una investigación sobre el siglo XIX de Hernando Valencia Villa lleva por título: “Cartas de Batalla”,<sup>1</sup> pues, según su autor, las constituciones decimonónicas fueron escritas al fragor de los altercados armados. Esa oscilación, entre procedimientos democráticos argumentados en los espacios políticos institucionalizados y la beligerancia puesta en los terrenos de la “batalla armada” y la confrontación militar, no fue un problema exclusivamente excepcional del siglo XIX, ha marcado la historia y los eventos coyunturales del país en dos siglos, ya a punto de celebrar los 200 años de las independencias latinoamericanas.

En apariencia, un reto inalcanzable poder abordar científicamente las disímiles realidades políticas del siglo XIX; sin embargo, algunas claves, en especial de orden histórico, permitirían despejar los complejos procesos políticos que se dieron a finales del siglo XIX, ya en la entrada al siglo XX. Uno de esos acontecimientos que marcarán la Colombia del nuevo siglo y que determinarán en gran parte los proyectos como las decisiones de las élites políticas de la nación fue la “Guerra de los Mil Días, 1899-1902”. Ella se expresó como todo evento bélico con elementos paradójicos, en los que se pueden señalar como los primordiales: la pérdida del Canal de Panamá, la dictadura de Reyes, la emergencia de las élites económicas regionales, el clientelismo, el favoritismo y la corrupción de la administración pública, la explotación extranjera de algunos recursos naturales, el cierre de los periódicos y la clausura del Congreso, la reelección y el presidencialismo, fueron entre otros, los eventos que a consecuencia de la guerra, se convirtieron en actitudes políticas que no variaron sustancialmente en las élites del país hasta la actualidad.

La diversidad de eventos que marcaron la transición de Colombia hacia el siglo XX, desde la Revolución de Independencia a la constitución de un régimen político que se denominó “el quinquenio de Reyes”,<sup>2</sup> es decir, en un siglo, de 1810 a 1910, muestran la variabilidad como la mutabilidad de nuestras dinámicas políticas, que vale la pena mencionar; de los proyectos revolucionarios con que se

<sup>1</sup> Valencia Villa, Hernando (1984). *Cartas de Batalla*. Rivela González ed. Bogotá.

<sup>2</sup> Lemaitre, Eduardo (1981). *Rafael Reyes. Biografía de un gran colombiano*. Banco de la República, Bogotá.

inició la construcción de la nacionalidad, se involucraron muchos otros, que iban, del orden a la anarquía, de la reforma a la restauración, del inestable equilibrio a las guerras continuas e incesantes, de la integración constitucional a la desintegración por la ilegalidad o viceversa. La Anomia fue la característica básica del siglo XIX, no solamente porque fue teorizada desde la sociología por el eminente pensador francés Émile Durkheim,<sup>3</sup> sino que ella se materializó e hizo realidad en términos políticos, a partir de las múltiples expresiones que tuvo en Colombia a través del desorden, el caos, el desequilibrio, la carencia en la normatividad, los bajos niveles de regulación o control jurídico, los que impulsaron una convivencia de la legalidad con lo no legal, en el marco de las audacias como los desafíos de las élites políticas, que llega hasta nuestros días, a través del clientelismo, las influencias, los privilegios, la corrupción, la malversación, modos en que se ha procedido a la construcción de un orden social, una sociedad, un país, un Estado nacional, alucinantemente contradictoria.

Constituciones y reformas constitucionales recurrentes e inusitadas, guerras civiles de carácter local y regional, confrontación de los partidos y fracciones de partidos a través de liderazgos emergentes o consolidados, disputas por la construcción de la nacionalidad en medio de fuertes desigualdades de clases sociales, contiendas en las concepciones económicas según la estructuración social, de la hacienda al comercio agroindustrial, luchas o combates por el control del poder político, clientelismo y corrupción en la administración pública, ciudadanías de baja intensidad, laicismo o religiosidad en la educación, censura o manipulación de la prensa, en fin, la construcción de la nación,<sup>4</sup> puede parecer a la percepción del observador científico, un cúmulo de sucesos o eventos en los que es difícil elegir o seleccionar lo más destacado y lo más fundamental para la investigación política.

¿Qué significó y qué injerencia tuvo la Guerra de los Mil Días? Podrían ser muchos los ángulos a analizar sobre los efectos y las causas mismas de los años que fueron de 1899 a 1902, en la que se desarrolló esta conflagración política. Pero un primer paso a definir el por qué se produjo la guerra de los Mil Días se halla ya en los acontecimientos que van del año de 1863, cuando una élite llamada “La del Olimpo Radical” asumió las riendas del país; y en 1885 otra élite denominada “La de la Regeneración”, en sus propios extravíos o aciertos ambas, valga reiterar, impusieron procedimientos no democráticos y no legales, en medio de discursos que sonaban o se escuchaban progresistas y avanzados para la época.

Las reformas liberales se aplicaron a través de la Constitución de 1863, sus ideas y proyectos políticos<sup>5</sup> se enlazaban con la emergencia de una élite comercial que

<sup>3</sup> Tejeiro Sarmiento, Clemencia (editora) (2009). *Émile Durkheim: entre su tiempo y el nuestro*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

<sup>4</sup> Vilar, Pierre (1982). *Pueblos, Estados, Naciones*. En: *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*. Barcelona: Crítica.

<sup>5</sup> España, Gonzalo (1984). *Los Radicales del siglo XIX*. Áncora. Bogotá.

luchaba para superar los obstáculos jurídicos de una sociedad anclada en las políticas todavía vigentes del colonialismo español, cifradas en el proteccionismo y en un sistema de impuestos obsoleto y caduco, que no permitía la libre circulación de mercancías ni su exportación. Mientras la otra élite, la de la hacienda señorial, veía cómo la generación de 1863, mediante el sistema federalista, conculcaba la soberanía, la legitimidad y el poder, ya que en medio de las autonomías regionales se disipaba el orden y la autoridad, la moral y la nacional, por el acabado que le dieron los liberales radicales a los lemas “laissez faire” y “Laissez Passer”,<sup>6</sup> los que evaluaban como prototipos de la anarquía, la revolución y el desorden.

Las actitudes y los rasgos políticos de esta casta de notables dirigidos por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro,<sup>7</sup> se expresó en el liderazgo autoritario, moral y corporativo, con tintes comunitaristas católicos, restaurativo,<sup>8</sup> el que bajo el lema de “Regeneración o catástrofe”, ya concebido en 1875, alentó el presidencialismo, el recorte de los derechos consignados de la Constitución de 1863, el monopolio de la religión en la educación, la censura a la prensa, la destrucción de la oposición política, la no secularización política del país, la connivencia entre el Estado y la Iglesia católica, entre muchos otros eventos. Sin embargo, la paradoja del auge y la crisis de la “Regeneración”, se produjo por el “comercio del café”, epicentro de las luchas, confrontaciones y combates que marcó la contienda armada entre las dos élites, la del notablato hacendario y la del comercio del café de los antioqueños. Como lo muestra el ensayo de Thomas Fisher “De la guerra de los Mil días a la pérdida de Panamá”,<sup>9</sup> la caída de los precios del café, llevó al clímax de la integración la “Regeneración” y posteriormente precipitó la caída del régimen por la variación en los precios, desatando el entramado de disputas y controversias de las élites políticas del momento, lo que generó la “Guerra de los mil días”<sup>10</sup>, dándole entrada a un nuevo régimen, el dictatorial de Rafael Reyes, y a una propuesta salvífica de corte religioso humanista y patriótico como el proyecto de “Republicanismo”<sup>11</sup> de Carlos E. Restrepo.

En primera instancia, las reformas del liberalismo radical estaban orientadas a transformar el país en términos formales, valga decir, desde la institucionalidad jurídica y política, sin poder romper con las bases sociales de un tradicionalismo heredado de la cultura española, pese a su iracunda crítica a la conquista y la

<sup>6</sup> Bushnell, David (1996). *La revolución liberal del siglo XIX*. En: *Colombia una nación a pesar de sí misma*. Editorial Planeta. Bogotá.

<sup>7</sup> Sierra Mejía Rubén (comp.) (2002). *Miguel Antonio Caro y la cultura de su época*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

<sup>8</sup> Rubiano Muñoz, Rafael (2006). *La imagen de España y el pensamiento conservador de Miguel Antonio Caro en el siglo XIX*. En: *Revista Hispania Nova*, número 6.

<sup>9</sup> Fischer, Thomas (2001). *Memoria de un país en guerra. Los Mil Días 1899-1902*. Editorial Planeta. Bogotá.

<sup>10</sup> Bergquist, Charles (1999). *Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias*. Áncora. Bogotá.

<sup>11</sup> Restrepo, Carlos E. (1972). *Orientación Republicana*. 2 volúmenes. Banco Popular. Bogotá.

colonización hispánica, como lo refiere Jaime Jaramillo Uribe en su libro “La personalidad política de Colombia y otros ensayos”.<sup>12</sup> Dicho liberalismo fue de palabra y en algunas actitudes coherente, pero en términos culturales no se superaron muchos prejuicios, en los que los miembros de la élite liberal radical se ahincaban, casos como el de Salvador Camacho Roldán, quien en sus “memorias”<sup>13</sup> se refería a los negros e indígenas como bárbaros e incivilizados y no como ciudadanos, o uno de los hermanos Samper que siendo liberal radical y apostarle a la secularización del país, retornó a las filas militantes del Catolicismo, palpable este asunto con mayor claridad en Rafael Núñez, ex liberal radical y convertido en padre de la “Regeneración”. En esa lucha contra el mestizaje en las élites colombianas del siglo XIX, se aplicó lo que contemporáneamente fue el apartheid y el racismo de manera soterrada, con elementos de discriminación social y cultural que llegan hasta la actualidad bajo el ropaje del odio y el resentimiento de clases en Colombia, como lo ha sustentado de manera vehemente el profesor Rafael Gutiérrez Girardot.<sup>14</sup>

Las élites de mediados de siglo eran dirigidas por clases comerciantes y hacendados, constituían una nueva generación que se oponía al viejo militarismo hacendario, pues los caudillos ilustrados de la independencia que dominaron el país, lo hicieron a su arbitrio, mientras en la dinámica de la estratificación social, una clase emergería en las ciudades burguesas latinoamericanas como lo hace notar José Luis Romero;<sup>15</sup> muchos abandonaron el caduco estilo militar para allanarse en el campo de la ciencia y el saber como profesionales, quienes se educaban en el exterior preferentemente, a través de universidades laicas, se insertaron al incipiente proceso del mercado, e incentivaron la consolidación de un proceso de modernización económica y jurídica, enlazados aún con prácticas políticas que provenían de las relaciones todavía del mundo político tradicional heredado de la colonización española.<sup>16</sup>

El 4 de febrero de 1863 se firmó en Rionegro la “Constitución de 1863”, que planteaba de manera azarosa un proceso de cambio y de reforma, incierto y profundamente contradictorio, a tal punto que Víctor Hugo la llegó a denominar una Constitución “para Ángeles”.<sup>17</sup> En su intención, era una Constitución federalista, que traía en su seno los intentos de reforma de 1853 y 1858,<sup>18</sup> en los

<sup>12</sup> Jaramillo Uribe, Jaime (1977). *La personalidad política de Colombia y otros ensayos*. Colcultura. Bogotá.

<sup>13</sup> Camacho Roldán, Salvador (1923). *Memorias*. Librería colombiana. Bogotá.

<sup>14</sup> Gutiérrez Girardot, Rafael (2000). *Estratificación social, cultura y violencia en Colombia*. En: Revista de Estudios sociales número 7. pág. 9-18.

<sup>15</sup> Romero, José Luis (1999). *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*. Universidad de Antioquia. Medellín.

<sup>16</sup> Jaramillo Uribe, Jaime (1974). *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Temis. Bogotá.

<sup>17</sup> Melo, Jorge Orlando (2001). *Del federalismo a la Constitución de 1886*. En: Nueva Historia de Colombia. Vol. I. Historia Política. 1886-1946. Planeta. Bogotá. p. 18.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 19.

que se proponía un país de regiones y se le daba preponderancia a las libertades individuales y ciudadanas en su máxima extensión. Su concepción jurídica y administrativa concebía la necesidad de transformar dos de las instituciones consideradas como la herencia negativa de la colonización española; por un lado, la centralización y su régimen proteccionista, de otro, la burocracia y la coparticipación en el poder político de la Iglesia en el Estado.

En términos generales, la Constitución de Rionegro de 1863 podría considerarse como una expresión de las contiendas entre élites, clases sociales y poder político, en las que se enfrentaron dos tipos sociales, la hacienda militar independentista y la hacienda comercial ilustrada, tal como lo señala Marco Palacios en su texto “Parábola del liberalismo”.<sup>19</sup> Los liberales construyeron una ideología que se sintetizaba en el ideario de una clase en ascenso nutrida en los postulados del liberalismo del *Laissez Faire*, en los que se consideraba fundamental al individuo y al ciudadano, por lo tanto proclamaba, en general, los derechos y garantías individuales, la abolición de la pena de muerte, la libertad de propiedad, imprenta, domicilio, trabajo, enseñanza y credos, pero fundamentalmente restringía la centralización del poder como igualmente el poder presidencial. Además, consideraban el progreso de la civilización como base para la integración del país a partir de la ideología burguesa del trabajo y de la producción, un ethos sustentado a partir de la aplicación de la ciencia y de la técnica, no de la teología y la filosofía tomista, a los asuntos económicos y sociales, por tanto se esforzaron en introducir la educación laica a partir de filosofías como la del utilitarismo de Destutt de Tracy y Bentham que chocaban con las filosofías propiamente católicas y no seculares.

Compartían la necesidad de proletarizar el país mediante la descomposición de las instituciones coloniales, especialmente la Mita y la Encomienda, como igualmente señalaron que la herencia española a través de la colonización había rezagado el desarrollo y la iniciativas industriales nacionales, por el carácter proteccionista de la economía y por los altos aranceles en la exportación de materias primas, lo que se consideró como un legado negativo de la integración del país en el mercado mundial, que exigía, entre otras demandas, industrias, mercados y conocimiento científico. Pero no fueron del todo frustrantes los alcances políticos del liberalismo radical amparado en la “Constitución de 1863”. Quizás uno de los mayores logros de la Constitución de Rionegro fue garantizar la controversia y el conflicto político que se expresaba en validar o garantizar la oposición política, tal y como lo señala Jorge Orlando Melo en su texto “Del federalismo a la Constitución de 1886”, al afirmar:

“La marcha real del país, por supuesto, sólo dependía parcialmente del sistema constitucional adoptado. Los recursos económicos del país, las relaciones con el mundo capitalista de la época, las tradiciones y prácticas políticas, los conflictos entre grupos sociales y económicos, todo lo que se quiera, configuraban un contexto que

---

<sup>19</sup> Palacios, Marco (1999). *Parábola del liberalismo*. Norma, Bogotá.

influyó decisivamente sobre la forma como marchaban las instituciones políticas y sobre la historia política nacional. Pero la Constitución era sin duda importante, pues definía canales precisos a la controversia política, asignaba diversos poderes a los ciudadanos y era, ella misma, tema de una permanente controversia.”<sup>20</sup>

Muchas fueron las contradicciones que no superaron los liberales radicales, entre ellas, la relaciones entre las clases y la burocracia, el sistema electoral, las soberanías regionales, el mestizaje, la multiplicidad de ejércitos, la regulación normativa y jurídica de las regiones, las disputas regionales en la inserción a la economía mundial, las libertades individuales y civiles frente a las libertades culturales, entre otras, que llevaron a su crisis como a su declive en el año de 1885, cuando se produjo la guerra que los derrocaba e instauraba la posibilidad del régimen conservador de la mano de Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, que tras la idea de restauración o regeneración, emprendieron el camino de un “disutopía”<sup>21</sup> que consideraba entre muchos otros proyectos, la vuelta a la herencia española, la centralización, la sacralización del país, la censura a la prensa, la disminución de las libertades, la contención de la oposición política, como un régimen presidencialista que limitaba la democracia ampliada y deliberativa.

Lo característico del triunfo de la “Regeneración” fue el panorama que visibilizaba bajo su ropaje de restauración conservadora, es decir, el país político se configuró mediante guerras y coaliciones partidistas en las que era confuso, la transparencia política, la coherencia entre ideales y proyectos políticos realizables y la correspondencia entre clases sociales e ideologías, ya que, quienes eran liberales de acuerdo a las circunstancias políticas o los intereses económicos giraban hacia el conservadurismo, y el que era conservador, realizaba, igualmente, su desplazamiento ideológico según las oportunidades y las conveniencias como lo ha abordado José Luis Romero en su libro “Situaciones e Ideologías en Latinoamérica”.<sup>22</sup> Guerras y coaliciones, luchas por el poder y alianzas partidistas definieron las prácticas políticas de Colombia en el siglo XIX, en la que se conjugaron caudillos partidistas con fracciones partidistas, ciudadanos y organizaciones sociales, la Iglesia y las organizaciones culturales.

Luego de regresar de Liverpool, Rafael Núñez, antes liberal radical, comprendía de manera pragmática la necesidad de limitar las consecuencias que dejaba la generación liberal con su Constitución de 1863 y alertó sobre el peligro que suponía la secularización como la modernización económica del país y en 1878 pronunció un discurso que fue sintetizado bajo la frase “Regeneración administrativa o catástrofe”.<sup>23</sup> Lo que debe quedar claro sobre las condiciones

<sup>20</sup> Ob., Cit. Melo Jorge Orlando. p. 20.

<sup>21</sup> Gutiérrez Girardot, Rafael (1989). *Temas y problemas para una historia social de la literatura latinoamericana*. Bogotá: Cave-Canem.

<sup>22</sup> Romero, José Luis (2001). *Situaciones e ideologías en Latinoamérica*. Universidad de Antioquia, Medellín.

<sup>23</sup> Melo, Jorge Orlando. *Op. cit.* p. 30.

políticas y la peculiaridad del régimen político colombiano que encara los años de 1863 a 1886, es que ella se construyó sobre la base de elementos tradicionales con elementos modernos sin que ello se resolviera a lo largo del tiempo hasta entrar el siglo XX.

## **2. La Regeneración: el modelo político hacendario y señorial de la élite del notablato**

Resulta improcedente abordar analíticamente la “Guerra de los Mil Días”, sus sucesos y eventos, sus dinámicas y desenlaces, si antes, no se reconstruye el contorno que la facilitó: “La Regeneración”. Aunque el proyecto de la “Regeneración” se sitúa en el año de 1878, sus antecedentes intelectuales se hallan en el pensamiento y la figura de Miguel Antonio Caro (1843-1909). Este pensador bogotano, mediante la prensa, la educación, la administración pública y el poder político, utilizó estos escenarios, como medios posibles para frenar el mal de su siglo, “el liberalismo” y la “revolución”. Su obra que se despliega desde la época del periódico el “Tradicionista” en 1861, en las que escribía agriamente contra el pensamiento y la ideología liberal, recopilaba ensayos en contra de los postulados y de las personalidades que impulsaron la “Constitución de 1863, en sus obras completas, se hayan diatribas fundamentadas contra la filosofía utilitarista de Bentham y de Tracy, las economía de libre mercado, el individualismo, la Reforma Protestante, la Ilustración y la Revolución Francesa entre sus enemigos considerados. Convirtió su lucha, en una misión sacra y trascendental,<sup>24</sup> que llevó a su máxima expresión como vicepresidente, o realmente presidente de la República entre 1892 y 1898.

Uno de los más enterados y asiduos investigadores de la época, el norteamericano Charles Bergquist, plantea una lectura pertinente para descifrar los contornos problemáticos de la Guerra de los Mil días, realiza en su libro “Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias”<sup>25</sup> una exploración analítica de los eventos precursores de la guerra y de sus inusitadas consecuencias, las que se pueden expresar con los siguientes criterios del análisis político: a) la relación clases sociales e ideologías era disímil en Colombia debido a la peculiar forma de estratificación social que formaron las élites en ese momento; b) las disputas por el poder político en Colombia se hizo según, los favores y los privilegios que permitían las formas del ascenso social y económico, de modo que, el control del poder político se hizo a partir de coaliciones, alianzas y prebendas, combate, confrontaciones y disputas que se hicieron a veces de manera civil, en otras ocasiones por la vía armada y militar. La existencia de una ética política, que limitara las ambiciones, los caprichos o los

<sup>24</sup> Rubiano Muñoz, Rafael (2002). *El intelectual y la política. Miguel Antonio Caro y la Regeneración en Colombia*. En: Revista Utopía, Número 8.

<sup>25</sup> Bergquist, Charles (1999). *Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias*. Áncora, Bogotá.

intereses del juego político, no constituían la norma de la regularidad jurídica política de la nación, ni menos aún, se trazaba una frontera entre razones frente a pasiones políticas, porque se constituía un escenario político cuyo juego en las élites, dependían, de las conveniencias y las oportunidades políticas. Para la época, comenta de nuevo Jorge Orlando Melo:

“Por lo tanto, las divisiones políticas escindían a los grupos sociales más elevados. Comerciantes, propietarios rurales, productores de exportación o para el mercado doméstico, abogados, profesionales independientes, artesanos: en cualquiera de estos grupos había liberales, independientes o radicales, y conservadores. Lo que hace más confusa la situación es que muchos de los comerciantes o propietarios rurales combinaban sus actividades, de modo que sus intereses económicos y sus perspectivas ideológicas respondían a actividades a veces contrapuestas”.<sup>26</sup>

Con esta perspectiva, entre la contradictoria relación de clases sociales económicas e ideologías políticas, o mejor, entre intereses privados y construcción colectiva partidista, Charles Bergquist emprende su análisis de la crisis de la Regeneración (1892), la guerra de los mil días (1899) y el régimen que se conoció como “el Quinquenio Reyes” (1904-1910), brindando una mirada que resulta oportuna a los 110 años de ocurrido dicho acontecimiento. El modelo hacendario del cual arrancó la configuración del poder político en Colombia como lo muestra la obra “El poder político en Colombia” de Fernando Guillén Martínez,<sup>27</sup> se caracterizó por el hecho según el cual, el control del poder político se basó en prebendas y privilegios definidos en no pocas ocasiones por las guerras. Guerra y política<sup>28</sup> expresaba el binomio de una manera de establecer el control por el poder político que las élites – centrales y regionales – impulsaron en su carrera de ascenso económico y social. Las guerras como referente de construcción del Estado y la nación<sup>29</sup> fueron un componente no circunstancial, sino más bien, definitivo de las élites colombianas que lucharon a finales del siglo XIX, en una demanda por construcción el espacio político, en una tensión por la participación o representación de la política por vías diferentes a las civiles o democráticas, exigiendo curiosamente la democracia. A tal punto que se podría considerar que las constituciones se escribieron dependiendo de quienes ganaran las contiendas bélicas, en lo que se ha denominado como “Cartas de batalla” según la obra de Hernando Valencia Villa, ya mencionada y citada aquí.

<sup>26</sup> Melo, Jorge Orlando (2001). *La constitución de 1886*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia Política. 1886-1946*. Editorial Planeta, Bogotá. p. 46.

<sup>27</sup> Guillén Martínez, Fernando (1979). *El poder político en Colombia*. Punta de Lanza, Bogotá.

<sup>28</sup> Bobbio, Norberto (1982). *Guerra y derecho. El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa, Barcelona.

<sup>29</sup> Uribe de Hincapié, María Teresa (2001). *Nación, Ciudadano y Soberano*. Corporación Región, Medellín.

La Regeneración emergió a partir de una guerra, la de 1885, como lo ha investigado Gonzalo España,<sup>30</sup> fue esta guerra la que impulsó el sector de la hacienda señorial conservadora, liderada por Miguel Antonio Caro y Rafael Núñez, pero su base social y económica fue el café, paradójicamente en auge en el mercado internacional desde los años 80 del siglo XIX. El auge del café representaba una reacomodo de las élites políticas, pues enfrentaba dos modelos o tipos sociales, la hacienda señorial de estirpe española y la hacienda comercial emergente de las burguesías liberales o conservadoras de Antioquia y Santander. Muy bien lo hace notar Charles Bergquist cuando señala:

“La historia política de la regeneración se entiende mejor si se la mira contra el fondo de la expansión de la industria cafetera, de 1886 a 1896, y de su crisis subsiguiente, de 1896 a 1899. El fortalecimiento ideológico y material del partido liberal durante ese periodo, el distanciamiento cada vez mayor entre los nacionalistas gobernantes y un ala disidente del partido conservador que se llamó de los conservadores históricos, la explosividad de las medidas represivas del exclusivismo político de los nacionalistas, el debate centrado sobre las políticas fiscales de la Regeneración y las causas complejas de la Guerra de los Mil Días, son todos fenómenos que sólo pueden explicarse adecuadamente a la luz del impacto político del enorme crecimiento y posterior decadencia de la industria cafetera durante los quince años de la Regeneración”.<sup>31</sup>

La discordia por la dominación ejercida desde 1885 de la Regeneración, no aguantó los filtros políticos que se imponían, acudiendo a idea según la cual, era un proyecto de alianza o frente nacional, por la concordia y la reconciliación del país, dadas las condiciones sobre las cuales se alentó, argumentaban Caro y sus leales, las ideas radicales del liberalismo, dispuestas a atizar la anarquía, el desorden, el caos, la subversión o la revolución. La Regeneración fue una “Dictadura de la letras”, que al utilizar la prensa y la imprenta, se valió de argumentos racionales o aparentemente racionales, para fomentar la persecución, el odio, el resentimiento y el señalamiento partidista, bajo la bandera de la “intolerancia” con el lema “Quien no está conmigo, está contra mí”, narrado de manera estética por Tomás Carrasquilla con su novela “Luterito” de 1899.

Expuesto su ideario, en escritos polémicos, de debate y controversia, comprendían que la exclusión, expulsión y marginación del sector radical del liberalismo –y todos aquellos que se acercaban o aproximaban a ellos– era un bien, una labor y una encomienda divina por la pacificación de la nación, por el mejoramiento del territorio, sin recabar que con esas actitudes, el de postrar al país mediante el revanchismo o la venganza, se alimentaban los odios que se extenderían de nuevo en la violencia bipartidista de los años 40 y 50. La manera sistemática de expulsar y aislar a los liberales radicales fue mediante los cargos públicos de la administración del Estado. La Regeneración en el tiempo de dominación política,

<sup>30</sup> España, Gonzalo (1985). *La guerra civil de 1885. Núñez y la derrota del radicalismo*. Ancora, Bogotá.

<sup>31</sup> Bergquist Charles. *Op. cit.* p. 71.

redujo al máximo la participación política de la oposición que era ya inexistente, porque, los cargos dentro del Estado, los más altos cargos públicos se otorgaban por la fidelidad y por la lealtad de los elegidos, por la adhesión o la adscripción, por obediencia o sumisión, al partido político en el poder, en este caso era la burocracia domesticada, encargada de mantener el régimen liderado por Núñez y Caro. Bergquist muestra cómo el mantenimiento del poder político se hizo en nombre de la democracia, así fuera, alterando los procedimientos democráticos, en no pocas ocasiones se elegía presidente al calor del fraude electoral, la alteración de los resultados electorales y por supuesto en la compra y venta de votos, esto es, mediante la corrupción. Lo peculiar de la dominación y el control político de la Regeneración, fue aislar en lo posible del espacio político a los liberales que heredaron la política del radicalismo y del *Laissez Faire*, el federalismo y la descentralización administrativa, las libertades individuales y la secularización del país, fue una de las secuencias que alimentaron las fatigas y los reclamos de la oposición.

Su aislamiento se hizo mediante la restricción no solamente a través de los cargos públicos, sino también mediante la censura de prensa. De nuevo lo indica Bergquist cuando afirma que las leyes promulgadas por los gobiernos de la Regeneración estaban orientadas a desarmar no solamente al partido liberal radical, e igualmente estaban orientadas a destruir sus ideas o políticas engendradas a lo largo de dos décadas.<sup>32</sup> Es un punto coincidente entre el Federalismo y la Regeneración, esto es, entre el liberalismo radical y la Regeneración, por vías diversas pero en últimas con la misma intención buscaron desactivar como fuera al contrincante u opositor político, pese a los dotes e intenciones de libertarismo, igualdad, garantías jurídicas propuestas por la “Constitución de 1863”, ya que las prácticas sociales expresaban lo contrario. Por un lado, los radicales pese a lo ejemplar de su Constitución de 1863 en la que se garantizaban las libertades y la controversia política, utilizaron el fraude y la corrupción de manera termitente, como igualmente, los gobiernos de la Regeneración utilizaron la fe y las creencias como actitudes políticas vinculantes para desterrar a quienes se le oponían. Los puntos centrales de la disputa entre liberales y los gobiernos de la Regeneración fueron los siguientes: a) el problema de los derechos civiles y políticos; b) la oposición política y el sistema electoral; c) la censura a la prensa y los impuestos a la exportación del café; d) la emisión del papel moneda.

Inicialmente, Núñez impuso en febrero 17 de 1888 una ley de censura a la prensa, en los que el presidente a discreción podía criminalizar a los periódicos que iban contra el gobierno, contra el presidente y contra las instituciones. Pero fue la ley 61 de mayo 23 de 1888, conocida como la “Ley de los Caballos”, la más autoritaria de todas las leyes de la Regeneración, por cuanto otorgaba poderes extraordinarios al presidente, quien a su vez, podía criminalizar a todos aquellos que le hacían la

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p.72.

oposición. Nos lo hace nota Bergquist en este párrafo transcrito, cuando aducía que se vigilaban: “las publicaciones que incitaran a desobedecer la ley, que menoscabaran el respeto y la dignidad de las autoridades civiles y eclesiásticas, que atacaran la Iglesia, que incitaran a una clase social contra la otra, o que impugnaran el sistema monetario. Las sanciones se clasificaban desde leves hasta extremas: desde la prohibición de anunciar y vender la publicación en la calles, hasta su suspensión permanente. Bajo este decreto fueron suspendidos varios periódicos liberales y desterrados sus directores”.<sup>33</sup>

Bajo “la ley de los caballos”, se imponía la figura del autoritarismo presidencialista, ya que, el presidente podía reprimir a los ciudadanos, remover el personal militar, inspeccionar las instituciones científicas y educativas, suspender cualquier tipo de actividad u organización considerada revolucionaria o subversiva. La herencia ultramontana de la versión conservadora reaccionaria se expresaba en ese control presidencialista que se imponía mediante un tipo de autoritarismo político, cuyos antecedentes se hallaban en las discusiones de la “Asamblea nacional constituyente”<sup>34</sup> de 1885 con la especial participación de Miguel Antonio Caro en la elaboración de la Constitución de 1886. El punto más álgido de la contienda de las dos élites en el poder, se registró a partir de la política económica de la Regeneración. La creación del Banco Nacional y la emisión del papel moneda<sup>35</sup> por parte de los gobiernos de la Regeneración, ponían en jaque a la elite comercial del café y su representación política, es decir a quienes se representaron como los liberales radicales y los conservadores históricos. Para explicarlo es necesario descifrar lo que encerraba el proyecto económico de la Regeneración.

Ya se indicó que fue el auge y la crisis del café lo que señaló el camino del proyecto conservador de la Regeneración. La producción de café requería en primera instancia, la descomposición de la hacienda señorial y el tránsito a la hacienda comercial, lo que suponía una extensa proletarización y la consolidación de una mano obrera amplia y dispuesta a la relación trabajo y salario. Por otro lado, se requería de un esfuerzo estatal que permitiera garantizar no solamente la producción, sino al mismo tiempo, su movilidad en términos de vías de comunicación e infraestructura para la exportación.<sup>36</sup> Proletarización e infraestructura, mercados y vías de comunicación, bases para la construcción de un estado nacional moderno como lo ha indicado Eric Hobsbawm,<sup>37</sup> no constituían en Colombia una fuerza consolidada, primero por la geografía y segundo por los climas. La incipiente construcción de vías férreas demostraba la incapacidad de las

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 73.

<sup>34</sup> Caro, Miguel Antonio (1986). *Estudios constitucionales y jurídicos*. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá.

<sup>35</sup> Kalmanovitz, Salomón (2002). *Miguel Antonio Caro, el Banco Nacional y el Estado*. En: *Miguel Antonio Caro y la cultura de su época*. Universidad Nacional, Bogotá.

<sup>36</sup> Anderson, Perry (1985). *El Estado Absolutista*. Siglo XXI.

<sup>37</sup> Hobsbawm, Eric (1997). *Nación y nacionalismo*. Crítica, Barcelona.

élites por integrar el país en lo administrativo y en lo material al mercado mundial. El desarrollo hacia adentro era impedido para el desarrollo hacia afuera. Si algo era urgente hacia finales del siglo XIX era superar las contingencias regionales y apresurar el proceso de integración de las regiones cafeteras –Santander y Antioquia– preferentemente, al proceso de exportación en los puertos.

Con todo, la consolidación de infraestructura nacional fue incipiente, y las cargas aduaneras y fiscales, como las limitaciones del Estado a la exportación, unido al temor que las élites de la hacienda señorial sentían con el embate de la modernidad, esto es, el desarrollo económico, capitalista e industrial, los replegaba y enclaustraba, cerrando las posibilidades de desarrollo económico y cultural, e impidiendo el tránsito a la modernidad. Por lo tanto, aspectos económicos insalvables impulsaron la molestia, el descontento y la inconformidad, de las élites comerciales en ascenso, como igualmente, intensificaron las controversias en el plano de las relaciones y los intercambios políticos. Un balance ejemplar de los gobiernos del liberalismo y de la Regeneración se encuentra en las críticas de Carlos E. Restrepo en su ya mencionada obra “Orientación Republicana”.

Sin embargo, la confrontación directa entre los opositores y la Regeneración fue por dos leyes establecidas en el Gobierno Núñez (1886-1892) y Caro (1892-1898); la de la emisión de papel moneda y el impuesto a la exportación del café. Con la emisión del papel moneda por parte del gobierno, los opositores, experimentaban un golpe casi mortal, la burguesía comercial ligada a la exportación del café, no tenía las medidas precisas del cambio y menos podía obtener ganancias de la exportación. El impuesto del café producía un desestímulo a las clases emergentes de la burguesía cafetera como a un sector del conservadurismo, en especial, los antioqueños representados por Marceliano Vélez. La convergencia entre facciones políticas, liberales radicales y conservadores históricos, mostraba que la oposición a los gobiernos de la Regeneración no era uniforme y unívoca, pero sí tenía su raíz en las políticas económicas, en la infraestructura y en los procedimientos o las prácticas políticas que realizó la Regeneración, lo que implicaba, aspectos esenciales, como la actividad de la libertad de pensamiento en la prensa, el contradictorio y cerrado sistema electoral y la restringida participación y representación política.

Entre quienes se destacaron como críticos de la Regeneración se encontraron Miguel Samper, Carlos Martínez Silva, Marceliano Vélez, Santiago Pérez, Rafael Uribe Uribe, de manera moderada Rafael Reyes. Ellos fueron los que trazaron con ferviente pugnacidad, las críticas más severas a las consecuencias de las políticas empleadas por la Regeneración. Hacia finales del siglo, entre 1891 y 1898, se agudizaron las contiendas electorales, a través de coaliciones y complots, a partir de alianzas quebradizas, cuya hostilidad explotó el año que llevó a la elección de Miguel Antonio Caro en 1892. Luego de la posesión de Caro en 1892 y su

mensaje al Congreso de la República<sup>38</sup> en los que defendía los puntos centrales de la Regeneración, el partido liberal se reorganizó y en septiembre de 1892 se realizó en Bogotá una convención que colocaba a Santiago Pérez, antiguo liberal radical en la dirección del partido.

Con ocasión del regreso de Pérez al país, se estableció un periódico, el “Relator”, órgano de la opinión liberal que denunciaba los fracasos políticos del proyecto conservador de la Regeneración. Fue a partir de 1893, cuando el partido liberal radical publicó 10 puntos en los que se consignaban entre otras reformas, exigencias que comprendían, la libertad de prensa, sufragio efectivo, abolición del Banco Nacional, fin de las emisiones del papel moneda, como la descentralización de los ingresos departamentales y estimular el desarrollo de las regiones, entre otras disposiciones contra el gobierno de Caro. Entre los liberales radicales y los conservadores históricos, esta fuerza crítica a la Regeneración fue recibida con entusiasmo y enardecimiento, al punto que:

“Los ataques del periódico de Pérez y el entusiasmo bipartidista que levantó su programa de diez puntos alarmaron al gobierno de Caro, quien, al descubrir los planes de revuelta contra el gobierno de un grupo de liberales extremistas, encontró en ello la oportunidad para aplastar la oposición liberal. Suspendió *El Relator* y otros dos periódicos liberales, confiscó los fondos del partido liberal, que totalizaban más de 13.000 pesos y desterró a Pérez y a los liberales implicados en el complot. Aunque la organización política radical quedó temporalmente aplastada por el castigo de Caro en agosto de 1893, la oposición conservadora a las políticas de Caro continuó ganando fuerza. Por medio de su influyente periódico, *El Correo Nacional*, Carlos Martínez Silva empezó a criticar las medidas políticas y fiscales del gobierno de Caro. Carlos Martínez Silva, que llegaría a convertirse en uno de los jefes más influyentes de los conservadores disidentes, había apoyado en un principio la Regeneración”.<sup>39</sup>

A una era de complots, coaliciones de oposición, contiendas a través de la prensa, fraudes y corrupción se le unía en el marco internacional la crisis del café en 1896, lo que agudizó aún más, no solamente el descontento y la disidencia de las élites regionales, sino también, precipitó la decadencia del régimen de la Regeneración, incrementando la miseria de los más pobres, la quiebra de los comerciantes liberales y conservadores, los problemas de la exportación y la importación, lo que en fin, condujo a la desaceleración de los procesos de cambio de la economía colombiana. Lo hace notar con claridad Bergquist al asegurar que hacia 1893, la revuelta y la guerra inminente contra la Regeneración no se hacían esperar, lo que se dio efectivamente en 1895, causando una primera derrota de los liberales radicalizados y su beligerancia contra el gobierno de Miguel Antonio Caro.

En conjunto, la variación de posiciones políticas de las élites regionales, como la capacidad de control político del gobierno de Caro causaron un fracaso en los intentos de reforma política, como igualmente, limitaron las pasiones guerreristas

<sup>38</sup> Caro, Miguel Antonio (1991). *Escritos Políticos*. Vol. 3. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá.

<sup>39</sup> Bergquist, Charles. *Op. cit.* págs. 84-85.

de los opositores liberales, de manera momentánea. Sin embargo, varios acontecimientos políticos marcaron la crisis de la Regeneración como encauzaron de nuevo los sentimientos de injusticia y de beligerancia, ya en sectores liberales radicales, ya en los denominados conservadores históricos. Luego de la derrota de 1895 a los liberales, Caro dispuso delegar el poder en Guillermo Quintero Calderón en lo que se conoció como el “Gobierno de los 5 días”,<sup>40</sup> quien a su vez, nombró un gabinete representado por conservadores nacionalistas, entiéndase leales a Caro y a conservadores históricos, opositores de la Regeneración, lo que produjo un cisma político, como una reacción airada de Caro.

Esas designaciones eran no solamente muestras de debilidad sino de tibieza, argumentaba Caro, al dar entrada en el gobierno a representantes poco fiables para la continuidad y la unidad de la Regeneración. Con ello, Caro actuó inmediatamente, sin tapujos y con la recia posición que lo caracterizó. La destitución de Guillermo Quintero Calderón y el endurecimiento de su gobierno, atizaron las discordias entre el gobierno y sus opositores, impulsando de nuevo la contienda con la proximidad de las elecciones presidenciales de 1897. Un año antes de 1897, Carlos Martínez Silva junto a los conservadores nacionalistas emitieron y publicaron un manifiesto, el denominado “Manifiesto. Los motivos de la disidencia”, firmado por 21 conservadores prestigiosos que contenía una condena de los desajustes y los fracasos de la Regeneración, aunque reconocían la construcción de la unidad nacional y la concordancia de las relaciones entre la Iglesia y el Estado durante este período, también sustentaban el profundo desastre de las políticas económicas como igualmente, las inmensas trabas al ejercicio de la política, por las posturas autoritarias del gobierno de Caro. Con todo, el “Manifiesto” argumentaba a favor de la contienda ideológica y la posibilidad de impulsar la guerra como camino de solución a la forma autoritaria como fue empleado el proyecto de la Regeneración, un proyecto político nacionalista de restauración, pero decididamente de exclusión y marginación política, porque:

“La Constitución de 1886 y las medidas políticas y económicas de los gobiernos subsiguientes habían sido una reacción exagerada contra el federalismo extremo y la debilidad de los gobiernos nacionales bajo la Constitución de 1863. La Regeneración se había vuelto autoritaria, había reprimido sistemáticamente la oposición por medio de decretos arbitrarios para la prensa y había excluido al partido liberal del gobierno por medio de abusos electorales y del uso ilimitado de facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo”.<sup>41</sup>

En el año de 1897, luego de la restitución en el poder político, Caro reasumió el mando, nombrando un gabinete enteramente nacionalista y regenerador, luego del gobierno de los “Cinco días de Calderón”, avivando las controversias en el ambiente político, con la proximidad de las elecciones de diciembre de ese año. La línea divisoria entre nacionalistas e históricos se hizo más intensa y aguda hacia

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 103.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, P. 101.

1897, por cuanto, las reformas políticas exigidas por los disidentes contra la Regeneración, no se cumplían y la Constitución de 1886 no solamente permanecía intacta sino además era endurecida con las posiciones políticas de Caro. Entre alianzas frágiles, coaliciones malogradas y posturas radicales hacia la guerra, las elecciones de 1897 demostraban la eficacia del aparato ideológico de control de la Regeneración, pero a su vez, indicaba que ese control político, en especial, en el ejército y la burocracia, afianzaba más el descontento y la desilusión entre las élites regionales liberales y los conservadores históricos.

El 5 de diciembre de 1897, se realizaron las elecciones, con la esperada prolongación del régimen de la Regeneración, pero contando con las esperanzas de un resurgimiento de la oposición por parte de los liberales radicales; al inicio parecía un triunfo inesperado de los liberales disidentes, pero al finalizar la jornada electoral, dio como resultado, el triunfo de Sanclemente, quien fue sustituido posteriormente por José Manuel Marroquín, dada la ancianidad de Sanclemente. El control de la maquinaria política, así mismo como el fraude electoral en las elecciones, junto a la crisis mundial del café en 1898, fueron ingredientes de un proceso de transición entre las reformas liberales de mitad de siglo a la restauración conservadora de 1886 que tuvieron un costo económico y político inusitado, la iniciación de la “Guerra de los mil días”.

### **3. La Guerra de los Mil Días: infortunios y desavenencias**

La fortaleza como la obstinación del notablato conservador para sostener un proyecto político como el de la Regeneración, que dependía más de los dispositivos ideológicos del poder que de la realidad misma del país, de la fe católica y el control de la educación que de la garantía de los derechos civiles y políticos, de la censura a la prensa y la aniquilación de la oposición, que de la abierta controversia ideológica como presupuesto de integración democrática y nacional, evidenciaba entonces que la guerra era de nuevo, la vía más expedita para resolver esas contiendas ideológicas en que las élites, regionales y centralistas se enfrascaron llevando a la encrucijada a la nación colombiana hacia finales del siglo XIX. Si hubo un hecho particular y decisivo en todo ello, la crisis de los precios del café fue determinante en el periplo de la decadencia y caída de la Regeneración,<sup>42</sup> como se ha insistido en la lectura.

Profundas diferencias entre los opositores a la Regeneración, expresaban las ambigüedades como las ambivalencias entorno a la competencia política y el desplazamiento hacia la guerra. Es denotar que siendo Colombia un país de regiones, los liderazgos políticos de las diversas fracciones partidistas dependían de manifiestos, discursos, proclamas, artículos publicados en la prensa, como también, las contiendas ideológicas se hicieron en medio de complots, intentos de derrocamiento, confabulaciones secretas, reuniones e incluso, se desarrollaron a

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 124.

partir de alianzas ocultas, conspiraciones detrás del poder, o en no pocas ocasiones, acuerdos desde el gobierno por fuera de la institucionalidad, el fraude electoral y la corrupción a través de la entrega de puestos públicos.

Sin embargo, una distinción sociológica que fue clara en las diferencias que marcaron las actitudes políticas de las élites, de los conservadores nacionalistas – regeneracionistas– y los históricos se puede advertir entre los liberales opositoristas; si para éstos primeros era el enfrentamiento de dos tipos sociales, hacienda señorial frente a la hacienda comercial, para los liberales, estaban aquellos a quienes se les consideraba una casta de viejos comerciantes bogotanos ricos, quienes propugnaban por una contienda legal e institucional, expertos en el manejo de poder político y los cargos públicos, de otro lado, estaba el “pueblo liberal” que se consideraban unos idealistas, jóvenes y pobres. Al interior de las fracciones partidistas de Colombia de finales del siglo XIX, no solamente eran las diferencias en la posición socioeconómica y sus ventajas políticas las que hacían variar las posiciones ideológicas, igualmente, era el problema de la dirección y el liderazgo en medio de un país fragmentado territorialmente, pero fatalmente analfabeto, incomunicado y bastante aislado intelectualmente.

La declaración de guerra se propició en medio de esas diferencias socioeconómicas y políticas, a través de contiendas en el carácter del liderazgo y en el uso de la palabra a partir de la prensa, como en el abuso en el manejo de las masas, valga decir, del pueblo. Hay un estudio fundamental que realiza un balance en amplios aspectos sobre la guerra de finales del siglo, el título del libro “Memoria de un país en Guerra. Los Mil Días 1899-1902”.<sup>43</sup> La elección y la dirección ideológica dependía de personalidades políticas que iban y venían en la arena política, utilizando a su gusto o mejor, de acuerdo a una ética política del oportunismo o la conveniencia, según el rol que fueron ocupando en cada uno de los escenarios de la política del país, es decir, según el gobierno, los partidos, la prensa, los cargos públicos, la administración de justicia, los establecimientos educativos, en fin, en el contexto de la infraestructura estatal y no estatal de Colombia hacia finales del siglo XIX.

Los ya mencionados costos de la política de la Regeneración se centraban, ante todo, en la emisión del papel moneda, el impuesto a la exportación del café, el sistema electoral, la censura a la prensa, la deficiente infraestructura vial, como el fraude, la corrupción, la manipulación del ejército, el empleo indiscriminado de los puestos públicos y la burocracia, la ineficacia de los impuestos entre muchos otros factores. El 1 de febrero de 1899, de nuevo los conservadores históricos atacan la Regeneración a través de la prensa, esta vez, el memorial o manifiesto entre otras exigencias, a parte de las muchas ya expresadas a lo largo de una década, se centran en el problema de la emisión del papel moneda y en lo excesivo de la burocracia, en especial, frente al problema del ejército y los cargos públicos.

---

<sup>43</sup> Sánchez, Gonzalo y Aguilera Mario (2001). *Memoria de un país en Guerra. Los Mil Días 1899-1902*. Editorial Planeta, Bogotá.

Ese manifiesto expresaba una decisiva declaración de guerra contra la Regeneración, lo hace notar Charles Bergquist una vez más, cuando comenta en su libro:

“El 8 de febrero de 1899 el principal periódico conservador histórico de Bogotá, El Heraldo, de José Joaquín Pérez, especuló públicamente sobre las posibilidades de una alianza de conservadores históricos y liberales contra el gobierno de Sanclemente, y el 23 de febrero afirmó editorialmente que si no llegaban las reformas, una revuelta liberal estaría justificada. Los dirigentes antioqueños de los conservadores históricos expresaron su voluntad de apoyar el gobierno de Sanclemente pero sólo bajo ciertas condiciones. Expusieron su posición en un memorial dirigido a los tres ministros reyes, fechado el 1º. De febrero y firmado por Marceliano Vélez y otros doce prominentes conservadores históricos antioqueños. Agitando la amenaza de una revuelta liberal en menos de un año, los antioqueños pedían participación mayor en el poder y en puestos públicos del gobierno a cambio de su apoyo”.<sup>44</sup>

La crisis y el déficit fiscal, la ingobernabilidad, la pérdida de legitimidad, la crisis de los precios del café, la imposibilidad de las reformas asumidas para contener la debacle de la Regeneración por el gobierno Sanclemente, condujo al clímax de una desesperación de las élites regionales y centrales de Colombia el año de 1899, con lo que aceleró la guerra, que ya no era una sospecha sino un suceso inminente. El dilema no fue la elección de la guerra, pues, los radicales extremistas del liberalismo la habían considerado como la posibilidad de recomponer el juego de poder político perdido por las circunstancias históricas de la Regeneración, que los había excluido y marginado, mientras que para los conservadores históricos constituía un arma peligrosa de doble filo: apoyar la fragilidad del gobierno de Sanclemente o adherirse a los expedicionarios y aventureros beligerantes. El dilema estaba ya planteado pero sin panorama de resolución.

La Guerra de los Mil Días fue al mismo tiempo la encrucijada de las élites para resolver el problema del control del poder político como para superar las graves contrariedades de reacomodamiento a las condiciones socioeconómicas mundiales. La guerra apareció a un mismo tiempo como oportunidad y conveniencia. Nada delató más esta circunstancia cuando la guerra se movía del centro a la periferia, con direcciones y orientaciones absolutamente diversas; entre las élites y los partidos, por un lado y entre, las masas y las regiones de modo diferente. No se dio en una dirección, o mejor, la guerra favoreció los más variados intereses y las más polémicas posturas, como lo señala Charles Bergquist:

“Cuando estalló la guerra, en octubre de 1899, muchos grupos dentro de la clase alta colombiana no se sintieron muy descontentos con el rumbo que tomaban los acontecimientos. Algunos nacionalistas indudablemente recibieron con buenos ojos la guerra, que permitía liberarse de la camisa de fuerza fiscal impuesta al gobierno por la ilegalidad de las emisiones de papel moneda en tiempos de paz. También debieron los nacionalistas considerar la guerra como un medio para reunificar bajo

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 175.

su dirección el partido conservador sin tener que hacer concesiones a los conservadores históricos. Para éstos, por su parte, el estallido de la revuelta liberal concedía la razón a sus predicciones respecto a las consecuencias de la política intransigente de los nacionalistas. Los dirigentes del conservatismo histórico, especialmente en Antioquia, preveían concesiones importantes de parte de los nacionalistas a cambio de su apoyo al gobierno y, fuera de esto, pudieron llegar a considerar incluso una especie de acuerdo –tal vez una alianza semejante a la década de 1860– con un liberalismo triunfante, cuyos puntos de vista económicos y políticos eran cercanos a los suyos. Pero pronto se vieron forzados los conservadores históricos a modificar sus planes a medida que las masas del partido iban desconociendo las consignas de sus jefes y se precipitaban a apoyar al gobierno en la batalla contra sus eternos enemigos, los liberales”.<sup>45</sup>

Dicha variabilidad en el comportamiento político dadas las condiciones de la guerra, más que a un tipo de irracionalidad política, la guerra se correspondía con la ubicación de los intereses sociales y económicos –élites y masas– con el vaivén de las tendencias políticas, lo que justificaba un escenario de alianzas y contiendas, pugnas y rivalidades con pactos o negociaciones. El carácter transaccional o pactista de las relaciones de las élites colombianas a finales del siglo XIX, mostraba la fragilidad, la inestabilidad constante y lo endeble de las relaciones políticas de los partidos, las fracciones y los grupos sociales que representaban. Junto a los manifiestos públicos mediante la prensa, la guerra se movió entre actitudes que iban de la opinión pública, propias de la contienda ideológica desde la prensa, a reuniones conspirativas secretas, chantajes, manipulaciones, complots y toda la suerte de relaciones de soborno y cohecho, como igualmente corrupción, lo que comprometía las bases éticas o morales del ejercicio de la política, de las élites a las masas, de los dirigentes a los partidos, de los líderes al pueblo, aunque esa era la manera formal de las relaciones políticas en medio de la informalidad.

A los infructuosos intentos de reforma política del gobierno de Sanclemente, originados por la continua presión de los conservadores históricos, se unían los debates contra la utilidad que se le daba al debate en los escenarios de la administración estatal y pública. La censura a la prensa, la agitación partidista y fraccionaria entre los mismos partidos, fue la normalidad política de esos años, en una excitada arena política de discrepancias. Los desacuerdos entre los dirigentes y sus bases, todos esos ingredientes, que impulsaron al país a finales del siglo XIX, a la catástrofe de la denominada “Guerra de los Mil Días”, se puede traducir en la imagen que ofrece el siguiente dato; dos mil combatientes murieron en la famosa batalla de Palonegro el 11 de mayo de 1900,<sup>46</sup> –se consideró como la batalla más larga y sangrienta de las fases de la guerra de los mil días– a la que se sumó, la crisis económica, el desplazamiento, el saqueo, la desolación y el aventurismo como posibilidad de ascenso social y económico.

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, págs. 204-205.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 230.

Y para acentuar el malestar, Colombia experimentaba la pérdida del Canal de Panamá en 1903 como consecuencia de la inactividad y de la intervención de Estados Unidos en el Istmo,<sup>47</sup> atribución más del desvarío, el sonambulismo y la distracción de las élites políticas del país. Algo que caracterizó la perfidia y la rapacidad, eso sí irracional de la guerra, más allá de lo obvio de las personas muertas, fue el reclutamiento forzoso, desde los campos a las ciudades, desde el ejército nacional a las cuadrillas de guerrillas; el reclutamiento constituyó una forma de disciplinamiento violento como, de igual manera, se convirtió en una manera de desplazamiento, de reincorporación y distribución demográfica y territorial, lo que implicaba en las clases marginales y excluidas, la posibilidad de acceder e ingresar en los procesos de la estratificación social.

Una de las características de la “Guerra de los Mil Días” fue su contradictoria propagación, esto es, de confrontación armada de grupos se desplazó a la criminalidad, el bandidaje, el salvajismo y hasta la barbarie. De la fase que Bergquist llamó la “Guerra de los caballeros” se inclinó a la “Guerra de guerrillas”, con las connotaciones de irracionalismo y de violencia comprendiendo etapas peculiares; matanza colectiva, violación de mujeres, saqueos, descuartizamientos de hombres, destrucción de propiedades, entre muchas otras acciones. Lo curioso de la guerra de guerrillas en la fase última de la “Guerra de los Mil Días” es que advertía, o alertó a la dirigencia colombiana, nacionalistas, históricos y liberales moderados, liberales radicales, que las profundas diferencias que los había marcado e hicieron visibles, eran las profundas brechas que se desatarían como nudos intercalados en otro periodo, la violencia bipartidista de los 40 y 50.

La guerra en la fase de guerrillas, desestimuló la producción cafetera, añadido a ello, la caída de los precios del café a nivel mundial, pero a su vez, esta fase en la beligerancia tenía una consecuencia más grave, el desplazamiento forzoso y la huida de trabajadores agrícolas que no estaban interesados en el reclutamiento en el ejército por parte del gobierno nacionalista, o escapaban dado el reclutamiento de los liberales belicistas de otro, aquellos quienes tenían propiedad, trabajadores, normalmente haciendas cafeteras. El desplazamiento se dio en medio de las órdenes que en un momento dado dictaban los hacendados en aras de defender el gobierno o luchar contra él. En un clima de desasosiego e inestabilidad, la guerra de guerrillas de los Mil Días, descubría la profunda crisis a la que arribaba el país, en lo social, lo económico, lo político y naturalmente lo nacional con lo internacional.

En éstos términos muestra Bergquist los efectos de la guerra de guerrillas: “la guerra exacerbó los efectos de la depresión cafetera. La producción agrícola se vio interrumpida en las zonas cafeteras y en otras áreas debido al reclutamiento o la huida de trabajadores capaces, a la destrucción causada por la lucha y a las

---

<sup>47</sup> Lemaitre, Eduardo (2001). *1903: Panamá se separa de Colombia*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia política de 1886-1946*. Colcultura, Bogotá.

depredaciones producidas tanto por las fuerzas del gobierno como por las revolucionarias. Más aún, el daño ocasionado por la guerra a los sistemas de transporte y comunicaciones y el clima general de inseguridad avivado por las hostilidades restringieron el movimiento de mercancías, especialmente las de importación y exportación, e inhibieron la inversión productiva.”<sup>48</sup> La parálisis económica y la agudización de la beligerancia fueron los rasgos que definieron, al menos en términos de tiempo, la entrada de Colombia al siglo XX, aunque la verdad el país seguía rezagado en el siglo XIX, en muchos otros aspectos.

Con la intensificación de la guerra de guerrillas, el gobierno de Marroquín tuvo que ampliar el reclutamiento pero ante todo conseguir recursos para su ejército, lo que le obligó no solamente emitir en mayor medida, el papel moneda que tanto fastidiaba a los conservadores históricos y a los liberales radicales por los daños que causaba a la economía. Incluso, se recurrió a un empréstito en el extranjero, lo que incrementó fatalmente la deuda externa del país. La mezcla en la encrucijada de la guerra, de movilización de recursos y asentamiento de la crisis económica del café, puso en aprietos a las dirigencias que ambivalentes como los conservadores históricos y los liberales moderados, pese a su aparente neutralidad, ya habían incitado a una conflagración de la cual, con posterioridad se consideran tal responsables como exceptuados de sus implicaciones políticas.

Acompañado de esa inestabilidad económica y social, no se quedaban atrás las variables circunstancias de la política en Colombia. Las disputas entre los conservadores nacionalistas e históricos entre 1900 y 1901, se pueden resumir en una serie de intentos de golpes de estado, de cambios de gabinetes, de detenciones y de complotos, que hicieron aún más desesperante la gobernabilidad y el control político del país. El 21 de noviembre de 1902, Uribe Uribe, comandante de las fuerzas liberales radicales fue derrotado en el Magdalena, con lo que capitulaba el dirigente que llevó a su máxima expresión, la beligerancia contra el gobierno de la Regeneración guiado por Marroquín y se firmaba el “Tratado de Wisconsin”, lo que ya delataba los intereses norteamericanos que como consecuencia de la guerra, se llevaban el botín del canal de Panamá.

Pese a la terminación de la guerra, las contiendas y las disputas ideológicas no cesaron, como igualmente, no concluían las diferencias políticas y económicas en el país, ya entrado el siglo XX. Colombia transitaba a una nueva lucha, de la contienda a través de las armas, fratricida, se desplazaba a la disputa por la paz y el orden. De nuevo, no sería fácil éste tránsito de las élites regionales y centralistas, preocupadas por el control político como por la reconstrucción de la nación. Una razón de la dialéctica de las luchas armadas que se dieron a finales del siglo XIX en Colombia, es que más allá de los intentos de derrota de la Regeneración, lo que se propició fue su endurecimiento y su acrisolamiento en el poder. Después de la

---

<sup>48</sup> Bergquist Charles. *Op. cit.* pág. 242.

terminación de la “Guerra de los Mil Días” en 1902, lo que se agudizó fue el control del sector más recalcitrante y autoritario heredado de la Regeneración.<sup>49</sup>

El retroprogreso, un avance en un campo que hacía retroceder en otro, fue la enseñanza particular de la etapa que se puede denominar de postguerra. En diversos niveles o estratos sociales, se avanzaba en los procesos de reforma de la Regeneración, cuando ya otros retrocedían de manera premeditada. Ineludiblemente, la secesión de Panamá tuvo como paradoja en 1903, la culminación del choque entre las élites que intentaban controlar el poder político con la mirada puesta en el Istmo, ya que tuvieron que establecer un consenso provisional en aras de recuperar el territorio al que Estado Unidos le había puesto precio, el Canal de Panamá. Entre actitudes de responsabilidades y culpabilidades, liberales radicales como también conservadores históricos experimentaron la derrota con la única conclusión a la que podía llegar, refinaron la línea autoritaria de la Regeneración de la mano de Aristídez Fernández.

Los avatares de la Guerra de los Mil días, sus consecuencias y efectos se podrían traducir en el oscuro pero terrible endurecimiento de la Regeneración de la mano de Aristídez Fernández y José Joaquín Casas, ambos nacionalistas, provenientes de las haciendas señoriales del país, conservadores ultracatólicos. Ambos representaron el último suspiro de la Regeneración, por cuanto, en sus ministerios, Gobierno y Guerra, alentaron de nuevo las más odiosas y polarizadas pasiones, que llevaron a Marroquín a relevarlos del poder en 1903. El tratado Herrán, con el que se dio el golpe final, a un período que conocido como el de la Regeneración, quebrantó al país en su institucionalidad, alimentó las experiencias extrainstitucionales en el juego del poder político y dejó como consecuencia, una nación sin un territorio más, Panamá, como un amplio territorio en crisis a todos los niveles.

Rafael Reyes, pragmático comerciante y sagaz político quien había recorrido el país a través de algunas empresas infructuosas, concedor de gran parte del territorio colombiano, fue elegido candidato para las elecciones de 1903, lo que se convirtió en la presidencia de 1904 a 1910 conocida como la del “Quinquenio Reyes”. Formado en la idea del positivismo liberal, es decir, en la confianza absoluta en el progreso material y no en disputas ideológicas, este pragmático de la política se convertía en la solución sintética de las contiendas bipartidistas, apoyado por los liberales y conservadores del modelo importación y exportación, que fue impulsado por uno de los dirigentes del liberalismo comercial, José María Quijano Wallis con la denominada Junta de Concordancia Nacional bipartidista.<sup>50</sup> Su proyecto político se puede considerar como “Ocuparse más de la administración que de la política.”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Ibid., p. 312.

<sup>50</sup> Ibid., p. 335.

<sup>51</sup> Vélez, Humberto (2001). *Rafael Reyes: Quinquenio, régimen político y capitalismo (1904-1909)*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia Política. 1886-1946*. Colcultura, Bogotá. pág. 188.

Uno de los postulados políticos paradójicos del “Quinquenio Reyes” fue abandonar la reconciliación de las contiendas ideológico partidistas de las élites en Colombia, recurriendo para ello a posturas autoritarias y dictatoriales, o a poderes extraordinarios como presidente. Como se sabe, costara lo que costara, la prioridad de la reconstrucción nacional y de la paz se hizo en medio de medidas como las de clausurar el congreso y convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, fue uno de sus puntos políticos más contradictorios. Aunque muchas otras reformas se trazaron sobre la base de la consigna de “Administrar la política”, el pluralismo ideológico como el acercamiento del presidente a los grupos de interés y de presión favoreció el clima de reconciliación o de consenso de las élites regionales y nacionales del país. Uno entre los primeros pasos a desactivar la disputa ideológica, era el desarme que se conjugó con replantear la relación entre gobierno y ejército nacional. Reyes se esforzó por, en primera instancia, desarmar los caudillos locales ligados a la contienda de los Mil Días, amplió el ingreso al Ejército con la idea de servicio militar universal y profesionalizó el Ejército de Colombia. Medidas que intentaban desactivar los linderamientos y las formas de alineación de bandos en disputa, como ocurría normalmente, el ejército al servicio de un gobierno y no de la nación.

Con el desarme, comenta Humberto Vélez, se añadía la inclusión de sectores sociales y económicos no ligados a las banderas partidistas, ya que

“otra importante novedad del régimen del Quinquenio estuvo constituida por la presencia en el escenario social de fuerzas políticas de carácter no partidista: los llamados grupos de interés y de presión. Se trataba de una serie de organizaciones de clase orientadas a promover sus intereses y demandas, no mediante el control del poder político, sino por medio de la influencia en la toma de decisiones públicas. La importancia política de estos grupos en esa coyuntura se explica tanto por la crisis de los partidos como por el surgimiento de nuevas fuerzas sociales en la vida política.”<sup>52</sup>

Esta inclusión de grupos de presión y de interés se dio a partir de la creación de la “Sociedad de Unión Industrial y Obrera” en 1903, y la “Sociedad de Cultivadores de café, luego Sociedad de Agricultores” en 1906.

Entre otras de las reformas de Reyes se presentó el de la división territorial, incentivando los departamentos y descentralizando aún más la composición política administrativa del país. Con toda claridad comenta Bergquist:

“La política de división territorial de Reyes estaba destinada a servir varios propósitos. Como elemento que era de las tendencias centralistas de un gobierno que también nacionalizó importantes ingresos departamentales, buscaba primordialmente debilitar centros regionales de poder que a menudo se habían rebelado en el pasado contra la autoridad central y trataba de silenciar rumores separatistas que habían surgido después de la separación de Panamá y que eran

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 196.

especialmente audibles en el Cauca y en Antioquia. Reyes esperaba también alentar el desarrollo económico de subregiones dándoles vida política y administrativa propia y voz en las instituciones políticas nacionales.”<sup>53</sup>

La coparticipación del Partido Liberal en el “Quinquenio” mediante cargos públicos y diplomáticos fue la nota característica de la reconciliación nacional impulsada por Reyes, pero su más honda reforma fue la que promulgó con relación a la representación minoritaria en los cuerpos legislativos. La participación minoritaria consagrada por Reyes tenía un precio sumamente costoso, la prolongación del periodo presidencial, la inclinación a una dictadura presidencialista. Por lo tanto, en medio de la crisis en que quedó Colombia, después de la Regeneración y la Guerra de los Mil Días, las opciones de Reyes se pueden enmarcar en un estilo pragmatista que dejaba a un lado las contiendas ideológicas y se centraba en las disposiciones políticas más prácticas, de ahí que su proyecto de reforma institucional debía no por casualidad incluso, ir en contra de las disposiciones ideológicas y convertir la política en un asunto de procesos administrativos racionales, de lo que se extrajo, entre otras reformas, la reducción de la especulación político administrativa y la racionalización, entiéndase dirección racional de los asuntos públicos.

Por fortuna, para el “Quinquenio” Reyes, la expansión geográfica en el cultivo del café, en especial, la cordillera central, permitió la movilidad como un rudimentario despegue de la economía colombiana. Una noción política será fundamental en la transitoria época de la Regeneración al Quinquenio Reyes, la intervención del Estado en los procesos económicos de la vida nacional. Humberto Vélez lo hace notar cuando comenta qué era esa idea de intervencionismo de Estado:

“Durante el gobierno del Quinquenio la intervención estatal en la economía adquirió, sin embargo, una nueva dimensión debido al surgimiento, en el escenario político, de fuerzas sociales de orientación precapitalista y todo ello en una coyuntura de crisis general de la sociedad. Fue esta situación de aguda crisis la que determinó la activa participación del Estado en los procesos económicos. Ideológicamente, Reyes era partidario del liberalismo económico, pero su elevada dosis de pragmatismo lo llevó a plantear la necesidad de una muy activa participación estatal bajo un presupuesto ideológico muy preciso: la intervención debía ser coyuntural y no permanente, solamente para superar la grave crisis y como fuerza de arranque para el progreso económico, pues el Estado, por su misma naturaleza, era concebido por Reyes no sólo como un mal administrador sino como una entidad despilfarradora; una vez superada la crisis había que retrotraer la acción del Estado a una situación de mínima intervención.”<sup>54</sup>

El intervencionismo de Estado de Reyes se puede considerar como una de las tantas formas políticas empleadas por las élites colombianas para resolver no solamente los profundos abismos sociales, sino también, para procurar la

<sup>53</sup> Bergquist Charles. *Op. cit.* pág. 340.

<sup>54</sup> Vélez, Humberto. *Op. cit.* pág. 200.

resolución de las dificultades políticas y económicas del momento. Ya no era el intervencionismo de Estado de estirpe conservador –ideológico y educativo, propagandístico y autoritario– era un intento racionalizador del intervencionismo de Estado en la sociedad, que combinaba la administración de la política con autoritarismo, ya que buscaba, incentivar la producción a escala familiar del cultivo del café, subsidiar la exportación del mismo, impulsar la empresa privada de los burgueses comerciantes, pero en especial, financiar desde lo nacional obras de envergadura en los proyectos económicos.

El intervencionismo estatal con la idea de administrar la política se dio en dos frentes: el uso de la contabilidad y la aplicación de la estadística. Reyes matizó su intervencionismo de Estado aplicando para ello reformas tales como las tarifas arancelarias del orden nacional e impuesto que pasaron de lo departamental a lo central, como lo explica Bergquist. Sin embargo, el desajuste de su combinación reconciliación nacional y poderes extraordinarios presidenciales se expresaron en el descontento que generó entre los conservadores históricos y cierta fracción del liberalismo radical, los tratados firmados con Estados Unidos sobre la pérdida del canal de Panamá, con las indemnizaciones que ello implicaba.

Para el año de 1904, Reyes cerró el “Congreso”, y en 1905 reunió una Asamblea Nacional Constituyente. En sus decisiones se hallaban “supresión del nombramiento vitalicio de magistrados, eliminación de la vicepresidencia de la República, la ley de representación de las minorías, la supresión del Consejo de Estado, la definición de nuevos procedimientos para reformar la Constitución, la supresión de las asambleas departamentales y su reemplazo por consejos administrativos.”<sup>55</sup> En 1906 se llevó a cabo un atentado contra Reyes infructuoso que costó la cárcel de Marceliano Vélez, conocido líder del conservatismo histórico. Reyes convocó elecciones para el Congreso, evento político que llevó al triunfo de una alianza y consenso entre élites regionales, especialmente, la de los conservadores históricos antioqueños conocidos como la “Unión Republicana” liderada por Carlos E. Restrepo. Un nuevo orden político asomaba, el del “equilibrio inestable”, el de la paz en medio de las disputas ideológicas y económicas. Un consenso básico asomaba entre las élites colombianas, que llevaría a una simbiosis de liberalismo económico, aún bajo el ropaje del Laissez Faire con un conservadurismo educativo y político. Para el año de 1909, Reyes asume el exilio voluntario, sale en un buque de la compañía “United Fruit Company” – transnacional que impulsó la producción y exportación del Banano– hacia Inglaterra, con lo cual, le dio paso a lo que se ha conocido en la historia política del país, al Republicanismo en los subsiguientes gobiernos, entre los que se destacan el de Carlos E. Restrepo, Marco Fidel Suárez, Vicente Concha y Benjamín Herrera.

---

<sup>55</sup> *Ibíd.* pág. 209.

La ausencia de Reyes generó que la Asamblea Nacional Constituyente eligiera a Carlos E. Restrepo a la presidencia, quien a su vez, convocó al Congreso para realizar una serie de reformas constitucionales, la de 1910, con lo cual concluía un período de cambios sociales y políticos en el país, en el que los procesos de transición instalaban de manera clara las élites regionales, especialmente, la élite antioqueña, en un juego de poderes que al largo plazo desatará las incontenibles pasiones ideológicas y políticas de los 30 y 40 conocidas como la era del liberalismo a la violencia política. Con todo, el Republicanismo de Carlos E. Restrepo y el intervencionismo de Estado que se planteó allí, armonizaba, algunos presupuestos todavía de la Regeneración con los postulados liberales de la economía de la clase burguesa comercial colombiana ligada al cultivo del café, que iba en alza continua desde 1910 y se convertiría en el producto de exportación por excelencia de los colombianos hasta la actualidad. La aproximación del país a la modernidad se sustentó en un proceso de transición con elementos de cambio y continuidad, algunos desastrosos algunos otros, benévolos.

En los avatares políticos del “Quinquenio” se pueden traducir sus logros y sus fracasos como sigue:

“El presidente Reyes, por otra parte, imprimió a la empresa reformista sus cualidades personales de hombre pragmático y activo, rasgos que, en el contexto de la vida política de la época, no constituían precisamente una garantía de éxito. Eran los días en que el típico político colombiano estaba constituido por un personaje que argumentaba formalmente en el vacío principios abstractos y al margen de las urgencias de la vida cotidiana; no debe extrañar, entonces, que la presidencia de Reyes se convirtiese en un escándalo para la intelectualidad de la época. Otra ruptura Reyista con la tradición impuesta por la Regeneración estuvo dada por su posición suprapartidista según la cual no gobernaría como jefe de un partido. En este contexto se produjo un realineamiento partidista y según las concepciones y estrategias del primer mandatario, los grupos de interés tendieron a predominar políticamente en la orientación de la acción del Estado.”<sup>56</sup>

Como resultado, Reyes dimitió y huyó del país, y una bandera, liderada por Carlos E. Restrepo, denominada como “El Republicanismo” cuyo lema fue descrito como “un algodón en medio de dos vidrios a punto de romperse”, se propondría entre 1910 y 1914, generando otras expectativas, otras frustraciones y otras transiciones políticas irresueltas, a la entrada en el siglo XX.

*¡Usad vuestra imaginación! ¡Uníos (...) compartid el poder! ¡Compartid la propiedad!*<sup>57</sup>

<sup>56</sup> *Ibíd.* págs. 213-214.

<sup>57</sup> *Arquitectura Fantástica*, editada por Vostell y Higgins (Something Else Press, Nueva York, 1969).

## Referencias bibliográficas

Anderson, Perry (1985). *El Estado Absolutista*. Siglo XXI.

Bergquist, Charles (1999). *Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias*. Áncora. Bogotá.

Bobbio, Norberto (1982). *Guerra y derecho. El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa, Barcelona.

Bushnell, David (1996). *La revolución liberal del siglo XIX*. En: *Colombia una nación a pesar de sí misma*. Editorial Planeta. Bogotá.

Camacho Roldán, Salvador (1923). *Memorias*. Librería colombiana. Bogotá.

Caro, Miguel Antonio (1986). *Estudios constitucionales y jurídicos*. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá.

\_\_\_\_\_ (1991). *Escritos Políticos*. Vol. 3. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá.

España, Gonzalo (1984). *Los Radicales del siglo XIX*. Áncora. Bogotá.

\_\_\_\_\_ (1985). *La guerra civil de 1885. Núñez y la derrota del radicalismo*. Áncora, Bogotá.

Fischer, Thomas (2001). *Memoria de un país en guerra. Los Mil Días 1899-1902*. Editorial Planeta. Bogotá.

Guillén Martínez, Fernando (1979). *El poder político en Colombia*. Punta de Lanza, Bogotá.

Gutiérrez Girardot, Rafael (1989). *Temas y problemas para una historia social de la literatura latinoamericana*. Bogotá: Cave-Canem.

\_\_\_\_\_ (2000). *Estratificación social, cultura y violencia en Colombia*. En: *Revista de Estudios sociales* número 7. pág. 9-18.

Hobsbawm, Eric (1997). *Nación y nacionalismo*. Crítica, Barcelona.

Jaramillo Uribe, Jaime (1974). *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Temis. Bogotá.

\_\_\_\_\_ (1977). *La personalidad política de Colombia y otros ensayos*. Colcultura. Bogotá.

Kalmanovitz, Salomón (2002). *Miguel Antonio Caro, el Banco Nacional y el Estado*. En: *Miguel Antonio Caro y la cultura de su época*. Universidad Nacional, Bogotá.

Lemaitre, Eduardo (1981). *Rafael Reyes. Biografía de un gran colombiano*. Banco de la República, Bogotá.

\_\_\_\_\_ (2001). *1903: Panamá se separa de Colombia*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia política de 1886-1946*. Colcultura, Bogotá.

Melo, Jorge Orlando (2001). *Del federalismo a la Constitución de 1886*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia Política. 1886-1946*. Planeta. Bogotá. p. 18.

\_\_\_\_\_ (2001). *La constitución de 1886*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia Política. 1886-1946*. Editorial Planeta, Bogotá. p. 46.

Palacios, Marco (1999). *Parábola del liberalismo*. Norma, Bogotá.

Restrepo, Carlos E. (1972). *Orientación Republicana*. 2 volúmenes. Banco Popular. Bogotá.

Romero, José Luis (1999). *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*. Universidad de Antioquia. Medellín.

\_\_\_\_\_ (2001). *Situaciones e ideologías en Latinoamérica*. Universidad de Antioquia, Medellín.

Rubiano Muñoz, Rafael (2002). *El intelectual y la política. Miguel Antonio Caro y la Regeneración en Colombia*. En: *Revista Utopía*, número 8.

\_\_\_\_\_ (2006). *La imagen de España y el pensamiento conservador de Miguel Antonio Caro en el siglo XIX*. En: *Revista Hispania Nova*, número 6.

Sánchez, Gonzalo y Aguilera Mario (2001). *Memoria de un país en Guerra. Los Mil Días 1899-1902*. Editorial Planeta, Bogotá.

Sierra Mejía Rubén (comp.) (2002). *Miguel Antonio Caro y la cultura de su época*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

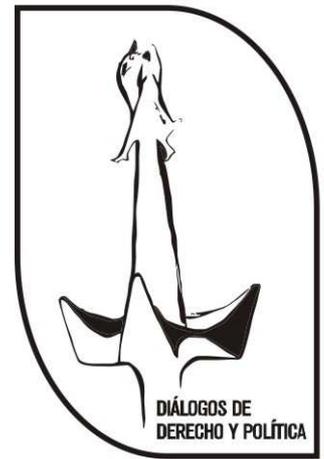
Tejeiro Sarmiento, Clemencia (editora) (2009). *Émile Durkheim: entre su tiempo y el nuestro*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Uribe de Hincapié, María Teresa (2001). *Nación, Ciudadano y Soberano*. Corporación Región, Medellín.

Valencia Villa, Hernando (1984). *Cartas de Batalla*. Rivela González ed. Bogotá.

Vélez, Humberto (2001). *Rafael Reyes: Quinquenio, régimen político y capitalismo (1904-1909)*. En: *Nueva Historia de Colombia*. Vol. I. *Historia Política. 1886-1946*. Colcultura, Bogotá. pág. 188.

Vilar, Pierre (1982). *Pueblos, Estados, Naciones*. En: *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*. Barcelona: Crítica.



---

# Del urbanismo formal a la fantasía vanguardista. Una breve aproximación

---

**María Verónica Molina Mesa**

Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Aspirante a Magíster en Estética de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Profesora de la cátedra de Derecho Urbano, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico:  
[veramolinam@gmail.com](mailto:veramolinam@gmail.com)

## Resumen

El espacio público en el urbanismo moderno se va configurando a medida que se va acentuando la intervención estatal en la sociedad. En este sentido, el espacio es “público” en tanto se trate de una manifestación política del Estado a través de sus mecanismos de control, y no debido a que su uso sea “de todos los habitantes”, como románticamente lo consagra el libro “de los bienes de la unión” del Código Civil. Frente a este urbanismo formal, las vanguardias europeas de la posguerra, como el situacionismo, proponen cómo alterar este orden establecido, partiendo de un proyecto de construcción de la ciudad lúdico y equitativo.

**Palabras clave:** Espacio público; urbanismo formal; urbanismo de vanguardia; intervención del Estado; reformas urbanísticas europeas; situacionismo.

## Del urbanismo formal a la fantasía vanguardista, una breve aproximación

### El espacio público: pretexto del urbanismo formal

Demoler, quemar, inundar, en últimas, arrasar, es el procedimiento previo de todo urbanismo. Ampliar el panorama, ayudar a desaparecer las ruinas renuentes a sucumbir, deshacerse de lo viejo o del tedioso desorden de lo presente, para dar paso al progreso. Las grandes reformas urbanísticas desde el siglo XVIII en Occidente, además de justificarse en la necesidad apremiante de hacerle frente al incremento demográfico, que redunda a su vez en epidemias de peste o cólera, o de adaptar el centro de las ciudades a los nuevos medios de transporte como el ferrocarril, se caracterizaban por esa *borradura*, una suerte de diluvio universal persistente en la idea de un nuevo comienzo.

El Plan Haussmann de “modernización” de París, llevado a cabo por Georges-Eugène Haussmann en 1852,<sup>1</sup> por encargo de Napoleón III, es ejemplo de estas iniciativas. Este proyecto ponía todo su empeño en que París se transformara en una ciudad con calles más *seguras* y *salubres*, pero que, ante todo, permitieran mayor fluidez en el tráfico.

La creación de un espacio público como estos, implicaba, necesariamente, que el espacio privado fuese blanco de aniquilación. Con la implementación de leyes que posibilitaron al Estado la expropiación forzosa (cuando el Derecho liberal tradicional y el propio Código Napoleónico concebía a la propiedad privada como un derecho ilimitado),<sup>2</sup> el Barón Haussmann quedó habilitado para eliminar muchas calles antiguas, derribar casas de apartamentos y reemplazarlas con anchos

---

<sup>1</sup> “Haussman se encontró con una ciudad milenaria y congestionada, cuyas calles tortuosas eran a su juicio pasto de enfermedades, crímenes y revoluciones. Frente a tales peligros imaginó los distintos modos tradicionales de represión. La apertura de avenidas rectas en el corazón de un París congestionado permitiría respirar mejor a la gente y desplazar más rápidamente a la policía y a la tropa. Sin embargo, las grandes avenidas de la era haussmaniana debían estar bordeadas por edificios de viviendas y comercios elegantes, de modo que los burgueses ocuparan los barrios que antes habían ocupado lo obreros. Esperaba que la vida económica de los trabajadores se centraría en la prestación de los servicios a los burgueses que dominaban el barrio (...)”. Sennett, Richard. *Las ciudades norteamericanas: Planta ortogonal y ética protestante*. En: **bifurcaciones** [online]. núm. 1, verano 2004. World Wide Web document, URL: <[www.bifurcaciones.cl/001/reserva.htm](http://www.bifurcaciones.cl/001/reserva.htm)>. ISSN 0718-1132

<sup>2</sup> Por medio de la libertad de empresa, el Código Civil napoleónico y su privilegio de la propiedad no duda en utilizar mecanismos como la noción de orden público en su Título preliminar, a la hora de preservar el status quo, reviviendo a su vez un despotismo político-burgués, tan atacado por el legislador revolucionario. A propósito, “Portalis en su informe al cuerpo legislativo, el 4 ventoso del año XI (23 de febrero de 1803), sobre los Motivos del Título preliminar, presenta este comentario: el mantenimiento del orden público es la ley suprema en una sociedad. Proteger los convenios contra esta ley sería situar las voluntades particulares por encima de la voluntad general, lo que significaría disolver el Estado”. En: Soboul, Albert. *La Francia de Napoleón*. Editorial Crítica, Barcelona, 1992. p. 8

bulevares, flanqueados por árboles y extensos jardines. La supresión de las callejuelas laberínticas del viejo París en pro de grandes avenidas en serie, confirmaba ese eterno temor de los gobernantes a la anarquía de turbas enardecidas que podían brotar súbitamente de ellas, como las grandes barricadas de la Comuna de París. A propósito, Umberto Eco, en “*El Péndulo de Foucault*”, menciona algo similar:

“Tomando como ejemplo lo que habían hecho los Saboya en Turín, Napoleón III hizo que destriparan París transformándola en esa red de bulevares que todos admiramos como obra maestra de sabiduría urbanística. Pero las calle rectas permiten controlar mejor a las masas insurrectas. Cuando se puede, fijese en los Campos Elíseos, también las calles laterales deben ser anchas y rectas. Cuando esto no es posible como las callejuelas del Barrio Latino, éstas se convierten el lugar donde el mayo del sesenta y ocho da lo mejor de sí. Si se huye hay que meterse por las callejas. No hay fuerza pública capaz de controlarla todas, y ni siquiera los policías se atreven a entrar en ellas separándose del grueso de la tropa”.<sup>3</sup>

De este modo, el espacio público es tanto el escenario del desfile cívico que marcha honrando a su gobierno, como el lugar donde acontecen marchas reivindicatorias antigubernamentales, que pueden desencadenar desórdenes públicos, poniendo a su vez en entredicho la vocación estática del espacio público.<sup>4</sup>

Desde la reconfiguración de la *Ciudad Luz* a mediados del S. XIX, puede colegirse, entonces, que el espacio público es el “centro de operaciones”, el objetivo fundamental de las reformas urbanísticas modernas, siendo un concepto de espacio público muy similar al concebido por el actual urbanismo en vía de desarrollo: el espacio público es la calle, las vías por donde transitan “todos”, el espacio público es un parque, un bulevar arborizado, un lugar con ingentes cantidades de concreto que, en su ejecución, materializan el presupuesto público.

De esta manera, paulatinamente, el espacio público va dejando de ser lo que sobra, es decir, el remanente de los espacios privados, un espacio lleno de huecos que, según Isaac Joseph, “capta y rechaza fluidos y que modifica constantemente los límites de sus cavidades,”<sup>5</sup> para estatuirse como un espacio central regulado y planeado, no dejando de ser problemático definir a ciencia cierta *qué es exactamente* el espacio público, ya que en él las “identidades son problemáticas y las situaciones constantemente definibles.”<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Eco, Umberto. *El péndulo de Foucault*. Random House Mondadori, S.A. Barcelona, 1997, pg. 149.

<sup>4</sup> En este sentido, para el derecho a la ciudad formulado por Henri Lefebvre desde un humanismo marxista, se introduce la noción de “lo urbano”, como “lugar de encuentro” en el cual se prioriza del “valor de uso”, (...), y que debe estar encaminado a encontrar “su base morfológica, su realización práctico-sensible”. En: Lefebvre, Henri. *El Derecho a la ciudad*. Editorial Península, Barcelona, 1978, P. 138.

<sup>5</sup> Joseph, Isaac. *El Transeúnte y el espacio urbano*. Editorial Gedisa, Buenos Aires, 1988. pg. 45

<sup>6</sup> *Ibidem*

## La ciudad higienizada

El espacio público presenta en sí mismo una especie de dualidad o contradicción manifiesta en las *prohibiciones* dentro de él, precisamente a raíz de las múltiples *posibilidades* que representa, al tratarse del lugar abierto por excelencia. La necesidad de establecer límites –no sólo geográficos– surge de su condición ilimitada en cuanto a su acceso se refiere, en el sentido de que “todos” pueden concurrir a él. Y es en esa latente posibilidad que tienen “todos” de habitar el espacio público, donde el sujeto controlado suele conjugar la propia-acepción con la percepción de una alteridad semejante, coartada por los mismos condicionamientos. “El *espacio público moderno* acepta la heterogeneidad y la posibilidad de (...) los ‘otros’ a condición de someterse a ciertas reglas, a un ‘orden’ que implica una visión dominante de los ‘modos legítimos de uso’ y el disciplinamiento del público con base en dichas reglas. Es decir, el proceso que ha sido denominado ‘domesticación de la calle’.”<sup>7</sup>

Esta forma de asumir el espacio público desde la planificación estatal, también puede rastrearse en la Italia fascista. A este respecto, Federico Caprotti<sup>8</sup> destaca cómo allí se ideó un *urbanismo estratégico* basado en dos corrientes contradictorias entre sí. Por un lado, el *urbanismo positivo*, que caracterizado por una “hipocondría urbana”, recurría argumentativamente a metáforas médicas como: “ciudad insalubre, antihigiénica, plaga gangrenosa que hay que erradicar”, las cuales además de incluir la infertilidad, también consideraban los posibles movimientos de resistencia (de esa ciudad infecta reacia a la inoculación). La ciudad era asumida entonces como un “cuerpo enfermo” que había que “operar”, que era perentorio intervenir,<sup>9</sup> y la mejor forma de hacerlo consistía en demoler las viviendas situadas en la zona central y, posteriormente, construir en su lugar grandes avenidas.<sup>10</sup> El urbanismo negativo, por su parte, apelaba a un romanticismo bucólico que abogaba por un retorno a la vida campesina, a su fertilidad, no sólo en términos agrícolas, pues se exhortaba también a un gradual aumento demográfico. Este urbanismo, fundamentado en el elogio de la vida campesina, siempre triunfante ante las vicisitudes que acarrea la domesticación de la naturaleza, ponía especial énfasis en que la población campesina no migrara a la ciudad.<sup>11</sup> Así, la esperanza

<sup>7</sup> Duhau, Emilio; Giglia, Ángela. *Espacio público y nuevas centralidades. Dimensión local y urbanidad en las colonias populares de la ciudad de México*. México: Red Papeles de Población, 2006. p.173. <http://site.ebrary.com/lib/biblioudeasp/Doc?id=10123260&ppg=5>.

<sup>8</sup> Caprotti, Federico. *Patologías de la ciudad: hipocondría urbana en el fascismo italiano*. En: <http://www.bifurcaciones.cl/006/Caprotti.htm>

<sup>9</sup> Similar a la asepsia fascista, desde el funcionalismo penal, la teoría de la prevención situacional del delito o *de las ventanas rotas*, se argumenta cómo la criminalidad tiende a proliferar en un ambiente marginal o insalubre.

<sup>10</sup> La recuperación del gran pantano “palúdico” *Agro Pontino* en Lacio, Latina al sudeste de Roma, es una de las obras piloto de este urbanismo.

<sup>11</sup> La oposición campo-ciudad tan bien retratada por J.J. Rousseau en su nostalgia por la vida campestre y en la inclinación del socialismo utópico por las comunidades agrarias, que finalmente

del partido fascista consistía en la creación de un imperio con muchos súbditos, que tenían que elevar progresivamente sus tasas de natalidad. El suficiente abastecimiento para alimentarlos a todos, vendría por añadidura.

Recapitulando, tanto la modernización de París a mediados del siglo XIX, como el urbanismo estratégico del fascismo en los inicios del siglo XX, son manifestaciones de un poder político que revierte en la intervención de la ciudad. A la par que se modifica y se reforma la estructura física de la ciudad, del mismo modo se redefine su carácter, adjudicando a los espacios, funciones y categorías. Es así como la consecuente institucionalización masiva del espacio público va sitiando la vida privada a una instancia cada vez más mínima y progresivamente desestimula la espontaneidad de su transcurrir. Por medio de la política, la ciudad, antes de ser un organismo con eventos aleatorios, es convertida en un constructo racional que predice y calcula lo que debe ocurrir.

En este sentido, una de las propuestas arquitectónicas del siglo XX que se compagina con una planeación central y estratégica, es la “tripartición de los tres establecimientos humanos”<sup>12</sup> (zona para la circulación, zona para el alojamiento y zona para el trabajo), formulada por el arquitecto suizo Le Corbusier, como una forma de organización de la ciudad, sino geométrica, al menos supeditada a las necesidades de una producción industrial ininterrumpida, elemento que se puede encontrar igualmente en Haussmann, cuando se aseguró de ubicar a los sectores de trabajo lo suficientemente alejados de los sitios de ocio. Así, la ciudad como un «*anaquel*» donde se pretende acomodar la fluctuante vida urbana, donde todo está mediado por una lógica funcional de la inmediata ubicación de las diferencias, generada por la especialidad de los sectores económicos, sería uno de los puntos de partida de los situacionistas, especialmente Guy Debord, en su crítica al urbanismo.<sup>13</sup>

---

también apuntaban a un retorno a la naturaleza. *Carta a D´Alembert*. Rousseau, J.J. (Traducción al castellano y notas: Emilio Bernini. Estudio preliminar Eduardo Rinesi). Ediciones LOM, Universidad Arcis, Santiago, 1996.

<sup>12</sup> Le Corbusier. *Los Tres Establecimientos Humanos*. Editorial Poseidón, Buenos Aires, 1964. pg. 14.

<sup>13</sup> Debord, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Cibergrafía descargada de [www.wikilearning.com](http://www.wikilearning.com): “El urbanismo es esta toma de posesión del medio ambiente natural y humano por el capitalismo que, desarrollándose lógicamente como dominación absoluta, puede y debe ahora rehacer la totalidad del espacio como su propio decorado”. (Párrafo 169) “Si todas las fuerzas técnicas de la economía capitalista deben ser comprendidas como operantes de separaciones, en el caso del urbanismo se trata del equipamiento de su base general, del tratamiento del suelo que conviene a su despliegue; de la técnica misma de la separación”. (Párrafo 171)

“El urbanismo es la realización moderna de la tarea ininterrumpida que salvaguarda el poder de clase: el mantenimiento de la atomización de los trabajadores que las condiciones urbanas de producción habían reagrupado peligrosamente. La lucha constante que ha debido sostenerse contra todos los aspectos de esta posibilidad de reunirse encuentra en el urbanismo su campo privilegiado. El esfuerzo de todos los poderes establecidos después de las experiencias de la Revolución francesa para acrecentar los medios de mantener el orden en la calle culminará finalmente en la supresión de la calle”. “Con los medios de comunicación de masas que eliminan

De otro lado, es en esta ciudad “cuadrículada” de la “organización”, en la cual se prepara toda la parafernalia del orden burocrático. A este respecto, la metáfora de la “jaula de hierro”,<sup>14</sup> acerca de los procesos de racionalización de las instituciones sociales tratados por Max Weber en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, es a lo sumo gráfica en la comprensión de ese proceso de acoplamiento entre el acontecer del hombre urbano y el orden maquínico de los procesos. Es en la ciudad funcional dispuesta en *oficinas* donde la utopía del control florece mientras la amenaza del uso de la fuerza<sup>15</sup> termina por sitiar a los sujetos *anonimizados* en una de sus cuatro esquinas.

### **Crítica situacionista al urbanismo formal: la reacción imposible**

Sin embargo, a este urbanismo asumido como control del tiempo, de la actividad y del espacio (habitar, **trabajar**, **descansar** y circular) de las poblaciones que habitan la ciudad –un modelo de arquitectura (Le Corbusier) de “máquinas de habitar” y de industrialización de lo urbano–, se le opone el concepto de *urbanismo unitario* (*atomizante*). Esta alternativa que enfatiza una ciudad humana en la que lo imaginativo y lo funcional se conjuguen, se da en el seno de los movimientos de vanguardia político-intelectual de la segunda posguerra europea, a saber, el grupo *Cobra* y las *Internacionales Letrista y Situacionista*.

---

las grandes distancias el aislamiento de la población ha demostrado ser un modo de control mucho más eficaz”, constata Lewis Mumford en *La ciudad a través de la historia*. Pero el movimiento general del aislamiento que es la realidad el urbanismo debe también contener una reintegración controlada de los trabajadores según las necesidades planificables de la producción y el consumo. La integración en el sistema debe recuperar a los individuos en tanto que individuos aislados en conjunto: tanto las fábricas como las casas de cultura, los pueblos de veraneo como “las grandes urbanizaciones” están especialmente organizados para los fines de esta pseudo-colectividad que acompaña también al individuo aislado en la célula familiar: el empleo generalizado de receptores del mensaje espectacular hace que su aislamiento se encuentre poblado de imágenes dominantes, imágenes que solamente por este aislamiento adquieren su pleno poder”. (Párrafo 172).

<sup>14</sup> Atribuida a Max Weber y a su ambivalencia tardía con el capitalismo. Se refiere más a “una imagen retórica utilizada por Weber en una de las últimas páginas de *La Ética Protestante y el espíritu del capitalismo* para expresar la pérdida del sentido religioso original que inspiró al primer capitalismo. No consta que Weber haya usado en alemán la expresión que Parsons tradujo como “jaula de hierro” (*iron cage*). El término textual de Weber es [*ein*] *stahlhartes Gehäuse* (1988:203), que literalmente podría traducirse como “estuche”, “envoltura”, o incluso “jaula”, “dura como el acero”, y que suele traducirse por “férrea envoltura”, o bien por términos similares que evocan un caparazón duro y opresivo”. (Tomado de Fidanza, Eduardo. *La jaula de hierro cien años después: consideración acerca de una metáfora perdurable*. En *Estudios Sociológicos* XXIII: 69, 2005. Pg. 850).

<sup>15</sup> *La sola “amenaza, por verosímil, mantiene la elocuencia de la presencia y del poder que ella representa”*. En: De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá-Colombia. I Parte: *El derecho en la construcción de las luchas sociales*. Pg. 76

El *urbanismo unitario* se enmarca dentro de la crítica global que hacen estos movimientos de vanguardia al *urbanismo espectacular*,<sup>16</sup> en tanto que este último versa sobre un espacio enajenado a la vida cotidiana, al serle impuesta una especialización –forjada sobre la existente división del trabajo– y un extrañamiento del entorno que tiende a la abstracción propia de las implementaciones tecnológicas, convirtiendo en una realidad desactualizada, al tiempo y la vida humanos. Esta *Sociedad del Espectáculo* se caracteriza por el trabajo rutinario, el desperdicio del tiempo libre, la manipulación de los medios, el arte excluyente y burocrático, la cultura estereotipada, los ritos empobrecedores, el conformismo y el aburrimiento. En contraste, estarían los *valores situacionistas*, tales como la interacción social, el diálogo y la renovación del comportamiento, que a su vez implicaría una reversión ética que condujera a la equidad en la participación y la recreación lúdica, más que a la equidad en la distribución del ingreso o consumo de bienes, a la luz de esta lógica, “empobrecidos”. La crítica situacionista al urbanismo espectacular pregonaba una ciudad social y lúdica en la que el juego, la imaginación y la participación social en su construcción, fuesen un hecho.<sup>17</sup>

Las palabras de Ivan Chtcheglov, en su *Formulaire pour un urbanisme nouveau*, conjugan la esencia de la crítica del urbanismo unitario al urbanismo espectacular:

“Una enfermedad mental ha barrido el planeta: la banalización. Todo el mundo está hipnotizado por la producción y los servicios: la red hidráulica, los ascensores, los baños, la lavadora.

Este estado de cosas, resultado de la lucha contra la pobreza, ha acabado traicionando su fin último: la liberación del hombre de sus preocupaciones materiales, y se ha convertido en una imagen obsesiva que pende sobre el presente [...] Se ha vuelto esencial provocar una completa transformación espiritual, devolviendo a la luz los deseos olvidados y llevando a cabo una propaganda intensiva de los mismos.”<sup>18</sup>

Sin embargo, el urbanismo unitario, en ningún caso es otro modelo de administración del espacio.<sup>19</sup> No se trata de reglas, principios o la aplicación del

---

<sup>16</sup> Ciudad como escenario en el cual las cosas, más que ocurrir en realidad, son meras representaciones especulares, imágenes. Desarrollado por Debord, Guy. “*La sociedad del espectáculo*”. Cibergrafía descargada de [www.wikilearning.com](http://www.wikilearning.com). “*El diseño urbano del espectáculo es un digno mapa de la separación que, definitivamente, ha triunfado. La planificación urbana es una geología de la mentira*”. Hardmeier, Jorge. *Confieso que he bebido*. En: <http://www.no-retornable.com.ar/v3/dossier/hardmeier.html>

<sup>17</sup> Constant, Nicolás. *Otra ciudad para otra vida*, en *Internacional Situacionista*, Vol 1. Citado en [contracultura.zoomblog.com/](http://contracultura.zoomblog.com/)

<sup>18</sup> Gilles Yvain - *Formulaire pour un urbanisme nouveau*. En: *Internationale Situationniste*, número 1 - junio 1958

<sup>19</sup> Este es un sentido opuesto a la necesidad de lo urbano según Henri Lefebvre una “teoría integral de la ciudad y la sociedad”, en forma más radical, de una “ciencia de la ciudad” – planificación orientada a las necesidades sociales-, nutrida a su vez del arte. En: Lefebvre, Henri. *El Derecho a la ciudad*. Editorial Península, Barcelona, 1978, p. 138.

razonamiento lógico al problema de la ciudad. Es un *contramodelo*, y existe en razón del urbanismo formal. Se desarrolla como argumento y como crítica, más a un nivel de contradicción interna que de propuesta contraria, siendo así una respuesta reductible a una resistencia argumentativa, cuya práctica se adentra en los dominios de lo simbólico, y que tiene todo el cariz de la utopía.

De cualquier modo, al hablar de espacio público, y analizarlo a la luz de esta *arquitectura fantástica*<sup>20</sup> del situacionismo, se hace más evidente cómo ese espacio público moderno, como factor estructurante del modelo de ciudad, vertido actualmente en Planes de Ordenamiento, es el que sustenta las divisiones, la separación de lo que es propio y ajeno, de lo que se puede y de lo que no se puede, de aquello que tiene entidad propia y aquello que carece de ella. Ese espacio dividido, donde hay un otro, donde hay una distancia, es el escenario perfecto para un espectáculo. Son estas divisiones las que crean un lugar en el cual se puede percibir sin ser partícipe, donde la condición de espectador de la vida urbana se sustenta. Estar ahí pero, a la vez, no estar. Frente a un panorama un tanto sombrío como éste, la respuesta situacionista es clara:

*“Todo son utopías que contienen una visualización mucho más amplia de miras del pensamiento contemporáneo (...) que la arquitectura represiva que desde la burocracia y el lujo impone restricciones a la gente. Todo está prohibido. ¡No tocar! ¡No escupir! ¡No fumar! ¡No pensar! ¡No vivir!*

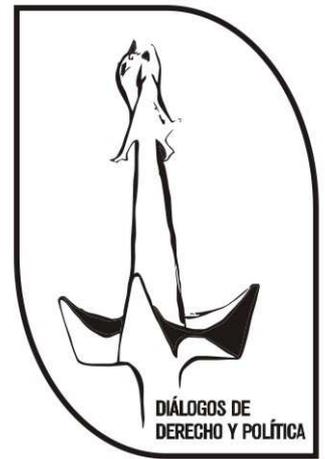
*Nuestros proyectos -nuestros entornos pretenden liberar a la gente, ¡sólo la realización de las utopías hará al hombre feliz y le liberará de sus frustraciones!*

*¡Usad vuestra imaginación! ¡Uníos (...) compartid el poder! ¡Compartid la propiedad!*<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Llamada también arquitectura imposible, ilimitada como la imaginación, cuyos modelos desafiaban a los cánones racionalistas del urbanismo formal.

<sup>21</sup> *Arquitectura Fantástica*, editada por Vostell y Higgins (Something Else Press, Nueva York, 1969).



---

## Claves para la cooperación: una visión desde la economía política

**Germán Darío Valencia Agudelo**

Economista, Magíster en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Profesor Asociado del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia y miembro de los grupos de investigación *Hegemonías, guerras y conflicto* y *Microeconomía Aplicada* de la misma universidad. Correos electrónicos: [german.valencia@udea.edu.co](mailto:german.valencia@udea.edu.co) y [gvalencia@yahoo.com](mailto:gvalencia@yahoo.com)

## Resumen

El texto analiza la cooperación desde la economía política. Presenta, en su primera parte, tres autores clásicos que analizan este fenómeno social (Hobbes, Marx y Axelrod); muestra como para unos la cooperación es un resultado de las interacciones sociales, es fruto de la conveniencia y los cálculos racionales y, para otros, es un punto de partida, hace parte de la naturaleza humana, es una práctica social mediante la cual se logran fines que de manera individual no serían posibles o al menos exigirían una inversión mayor. En la segunda parte se presenta la cooperación como un valor, como un fin en sí mismo, como un objetivo inherente al proceso mismo de humanización; en este sentido es un asunto de capital importancia. Por ello, en la parte final, se hace una invitación a individuos, instituciones y naciones a inducir e incentivar el compromiso social, a avanzar en la comprensión de las auténticas condiciones humanas y sociales para que sea posible la cooperación.

**Palabras clave:** cooperación, economía política, Hobbes, Marx, Axelrod.

## Claves para la cooperación: una visión desde la economía política \*

### Presentación

Este texto fue presentado en el panel *Las claves de la cooperación*, en febrero 25 de 2009, organizado por la Cooperativa de Profesores de la Universidad de Antioquia. En él se presenta una aproximación económico-política de la cooperación. Para ello se muestra, primero, el interés histórico por el estudio de la cooperación; luego, una defensa de la cooperación como fin y no como medio; y, finalmente, se dan algunas pistas o claves para fomentar la cooperación. Con estas aproximaciones espero aportar a la comprensión de lo que significa construir sociedad, comunidad e institución a través de la cooperación.

### I. El interés histórico por la cooperación

Aunque no se puede hablar de una ruptura total con la Edad Media, el Renacimiento trajo consigo a la sociedad occidental importantes transformaciones socioculturales, impulsadas por cambios en la economía y en la organización política de las monarquías feudales. Estas sustanciales variaciones movilizaron el resurgimiento del interés por comprender lo humano y lo social. Así, desde finales del siglo XV diversos pensadores se ocuparon de estos asuntos y produjeron teorías que pueden ser agrupadas en dos concepciones: por un lado, están los modelos que parten de seres humanos aislados, egoístas, que saben elegir (pues son racionales) y buscan maximizar su bienestar sujetos a unas restricciones. En estos modelos las relaciones humanas se presentan sólo cuando los individuos requieren intercambiar información, bienes, armas. En situación de interacción los individuos se ven enfrentados a una disyuntiva: compiten o cooperan. Cualquiera de estas opciones es elegida siempre y cuando puedan los sujetos aumentar su bienestar y los costos sean los menores. Del otro lado, están los modelos que parten del hombre que vive en sociedad, que interactúa desde un inicio, unas veces compitiendo y otras cooperando, pero siempre en la meta de obtener el mayor provecho de estas interacciones.

Estas dos posturas analíticas divergen en el punto de partida (sujetos solos o sujetos en comunidad), pero tienen en común un mismo punto de llegada: sujetos que deben interactuar y que para alcanzar sus objetivos se ven avocados a decidir entre cooperar o no. Esta decisión compromete todos los ámbitos del acontecer humano y social: la elección de pareja, la formación de familia, empresa, Estado o alianzas entre Estados; y penetra escenarios como la política, la economía, la religión, la cultura.

---

\* Este texto fue presentado en el panel *Las claves de la cooperación*, realizado el pasado 25 de febrero de 2009 por la Cooperativa de Profesores de la Universidad de Antioquia (Cooprudea) en el Club Medellín.

Un ejemplo en el campo de la política lo constituye la propuesta teórica que Thomas Hobbes (1588- 1679) realiza en su libro *El Leviatán* (1651). Este filósofo desarrolla una teoría sobre el origen de la sociedad política y el surgimiento del Estado. Parte de la descripción de una situación abstracta, a la que llama “Estado de naturaleza”, en donde no existen normas y cada uno actúa de acuerdo a su sentido de conservación; el conflicto es lo cotidiano, todos luchan contra todos; no es posible ninguna empresa y el hombre se siente pobre, solo, en riesgo permanente y atemorizado. En esta situación, la competencia del más fuerte es la clave para la sobrevivencia; por tanto, la cooperación es inexistente.

Se supera el “Estado de Naturaleza” sólo cuando los hombres se hacen conscientes de lo problemático de continuar en esta situación y deciden ceder parte de su libertad y entregarla al Estado; es decir, el hombre sacrifica su libertad total y se somete a las normas de un soberano. Hobbes asegura que “el motivo y el fin que llevan al hombre a renunciar y a transferir sus derechos no es otro que el de su seguridad personal, y el de poner los medios para conservarla y no fastidiarse de ella.”<sup>1</sup> Una vez creado el Estado, su dinámica se convierte en el mayor incentivo para la cooperación. En este nuevo momento, contrario al “Estado de naturaleza”, la sociedad es ordenada, la propiedad privada es posible y la prosperidad evidente.

Un análisis social similar hace Karl Marx en el siglo XIX, pero esta vez desde una visión materialista e histórica. En la *Introducción General a la Crítica de la Economía Política* (1859), Marx se devuelve en la historia para analizar la sociedad capitalista y encuentra que entre más se retrocede en el tiempo más en comunidad está el hombre; es imposible hallar un ser solo y aislado. Destaca la convivencia y la cooperación para lograr sus fines. En los tiempos primitivos en culturas como la hindú, la china o la europea, las comunidades rurales se asociaban para cooperar en la planeación de los cultivos, en su cuidado y en su aprovechamiento. Por ello Marx habla de comunidades primitivas o comunismo primitivo. “(...) la producción de los individuos socialmente determinada: éste es naturalmente el punto de partida (...)”<sup>2</sup> Incluso, en la consolidación del feudalismo, en el siglo XIII, los artesanos se asociaron en gremios, y fueron estas organizaciones las que posteriormente dieron origen a la clase burguesa. En todas estas sociedades analizadas la cooperación fue la constante, asegura Marx.

Más recientemente, en la década de 1980, Robert Axelrod, considerado hoy como un experto politólogo y economista para explicar la cooperación, realizó un trabajo considerado ya un clásico que tituló *La evolución de la cooperación*. En él presenta un modelo básico de elección racional, donde, a través de un juego llamado *El dilema del prisionero*, analiza la interacción entre los agentes y destaca la importancia de la cooperación en la maximización del bienestar, tanto individual como

<sup>1</sup> Hobbes, Thomas (1994). *Leviatán*. Tomo I y II, Barcelona: Altaya, p. 113.

<sup>2</sup> Marx, K. (1977). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, (borrador). Gründisse, México: Siglo XXI Editores, p. 5.

colectivo. Axelrod se interroga: ¿En qué casos debe una persona cooperar con otra, y en qué casos debe ser egoísta en el curso de una relación que puede durar mucho tiempo? Esto lo plantea en una situación donde los individuos son libres, no hay una autoridad central que los obligue a cooperar, como en *El Leviatán* de Hobbes, ni actuar por tradición como lo propone Marx; la cooperación es entonces autónoma y racional. Pero lo importante de este estudio fue que los resultados permitieron “comprender las condiciones capaces de alentar y alimentar la cooperación entre individuos, organizaciones y naciones”,<sup>3</sup> convirtiéndose en un referente obligado para estudiar la cooperación.

Hobbes, Marx y Axelrod son tres de los muchos analistas políticos y económicos que se han interesado en comprender y explicar la sociedad. Aún cuando sus puntos de vista sean divergentes entienden la cooperación como una práctica, presente en todos los espacios y escenarios sociales. Donde haya dos o más personas, la cooperación existe o al menos es muy probable encontrarla.

## II. La cooperación como un valor

La cooperación es una práctica social mediante la cual se logran fines que de manera individual no serían posibles, o al menos exigiría una inversión mayor. Los sujetos calculan que trabajando en colaboración, obtienen resultados mejores o en menos tiempo. Por ello están dispuestos a trabajar mancomunadamente. En este sentido, el fin sería el principal incentivo humano para cooperar. Sin embargo esta no es una posición generalizada. La idea de la cooperación como un medio ha sido debatida por las religiones y por las éticas. Para algunas ideologías, la cooperación es un fin en sí mismo, un objetivo inherente al proceso mismo de humanización. Religiones como el hinduismo o el budismo, consideran la cooperación como un valor superior; igual ocurre con algunas escuelas de ética, que consideran que aquellas personas que cooperan tienen un atributo especial que los distingue de los demás, un valor deseado y que se pretende se extienda a toda la sociedad, que sea la norma.

La filosofía política griega constituye el referente clásico del valor atribuido a la cooperación. Para el pensamiento filosófico griego en cuyo seno surgieron grandes escuelas de la ética y también de la política, la cooperación es una constante. Platón, por ejemplo, en su libro *La República o sobre la justicia*, propone una sociedad ideal, donde la cooperación va consustancial al Estado justo, puesto que este valor es requerido para fundar el sentido de comunidad (*polis*) como humanidad. De ahí que la *Paideia* se constituya en proceso fundamental para formar en los niños y los jóvenes la virtud y así asegurar que más tarde el

---

<sup>3</sup> Axelrod, Robert (1984). *La evolución de la cooperación: el Dilema del Prisionero y la teoría de los juegos*. Madrid: Alianza Editorial. P. 11. Planteamientos que fueron muy utilizados después de la segunda guerra mundial para analizar que pasaría en las relaciones internacionales en estos momentos de la guerra fría.

ciudadano aporte al gobierno de la *polis* la experiencia construida en el principio ético y político del *arete*.<sup>4</sup> En este orden de ideas, la ausencia de la cooperación representa la mayor decadencia. Igual que Platón, Aristóteles su discípulo, aunque menos idealista, elabora un nuevo modelo, presentado en *La Política*, donde de nuevo la cooperación es el elemento central.

A lo largo de la historia occidental se ha mantenido la cooperación como un valor de primer orden. En el Medioevo, por ejemplo, “el tema de la cooperación fue determinante en el pensamiento religioso.”<sup>5</sup> Pero fue en el siglo XIX donde adoptó una trascendencia singular. En este siglo, su antítesis, el egoísmo y la competencia, se erigieron como valores a defender. Filósofos utilitaristas, economistas clásicos y racionalistas individualistas, comenzaron a producir una serie de ideas que se expandieron por el mundo: estos pensadores defendieron el egoísmo como valor superior, argumentando que potenciándolo se podría lograr el bienestar individual y colectivo.<sup>6</sup> La competencia, y no la cooperación, permitiría la evolución y el progreso. Esta valoración sin límite del egoísmo y la competencia fue debatida por defensores de la cooperación, como Morgan, Comte y Fourier, quienes consternados proponen una idea de hombre y de sociedad muy distinta. El hombre establece vínculos sociales inquebrantables, es un *Zoon Politikon* que coopera y que logra a través de la división del trabajo el progreso, y como ciudadano, unido a otros, ser visible.

La tensión entre los defensores del egoísmo y los amantes de la cooperación se ha mantenido a lo largo de los últimos dos siglos. Incluso hoy, cuando se habla de un pensamiento único, del fin de la historia, de la primacía del mercado y el dominio y consolidación del capitalismo, lo que está detrás es todavía la discusión entre estas dos grandes posiciones. En este sentido, estamos de nuevo, como lo plantea la dialéctica marxista, ante el florecimiento inminente del estudio de la cooperación; la defensa del mercado, de la competencia y del egoísmo, hará que hoy resurja el debate sobre la cooperación y por ende, sobre el cooperativismo.

### III. Algunos elementos para el fomento de la cooperación

De la lectura de algunos de los autores anteriormente mencionados pueden derivarse claves para el fomento de la cooperación. Éste es un asunto de capital importancia. Hoy cuando el egoísmo se apodera cada vez más de la existencia; cuando el ser humano es inducido a la competencia y al individualismo a ultranza, es prioritario trabajar por la cooperación entre los individuos, las instituciones y las

<sup>4</sup> Jäger, Werner (1995). *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica.

<sup>5</sup> Nisbet, Robert A. (1977). *Cooperación*. En: David L. Sills (Comp.). *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*. Madrid: Aguilar. 11 tomos (tercer tomo), p. 183.

<sup>6</sup> Adam Smith hace una defensa muy importante del egoísmo como valor y Foucault trabaja en la tecnología del yo y la hermenéutica del sujeto asuntos que tienen que ver con el egoísmo como un valor superior

naciones; inducirla e incentivarla es un compromiso social. Sin embargo, lo deseable sería una educación conforme a los principios de la cooperación y la solidaridad; así, no sería necesario correr los riesgos que a los grupos humanos trae la experiencia de un ejercicio impositivo de la autoridad aún cuando sea con fines altruistas como la cooperación.

La cooperación es un valor, y como tal debe fomentarse. Para ello existen formas concretas de actuar. El siguiente es un inventario de propuestas para su fomento que entregan los teóricos consultados. Vale aclarar que muchas de estas ideas ya se practican en nuestra sociedad, lo que falta es hacerlo consciente y crear las condiciones educativas para que más seres humanos se beneficien de su influjo y la asuman como principio de vida.

1. Los líderes deben identificar, entre quienes desean cooperar, los objetivos comunes, claramente definidos y consensuados.
2. Debe aprovecharse la división del trabajo. La separación de funciones permite el reconocimiento del valor de la participación y la ayuda mutua en un proyecto cooperado.
3. Es necesario mejorar la comunicación. La comunicación oportuna y fluida con quienes aportan al proyecto colectivo es fundamental. Lo contrario promueve el individualismo y genera sentimientos negativos entre quienes se ven separados del proyecto.
4. También se requiere aumentar la participación. Es necesario diseñar mecanismos efectivos de participación, esto es, auténticos espacios democráticos. Sólo desde estos ámbitos se construye colectividad y solidaridad.
5. Hay que insistir en la cooperación. Es necesario motivar a los miembros de la colectividad para que participen en las actividades en las que la cooperación es vital para la consecución del éxito.
6. Los reconocimientos que se hacen por la acción cooperativa tales como honorarios, homenajes, etc. Deben estar lo más cercano posible en el tiempo; estos actos deben ser visibles y beneficiar de la forma más rápida posible al cooperante.
7. Es vital formar a los niños y a los jóvenes, en el principio básico de la cooperación, y cultivar la reciprocidad.

El reto, entonces, es avanzar en la comprensión de las auténticas condiciones humanas y sociales para que sea posible la cooperación. Prácticas cercanas y

concretas de cooperación como las familiares, las comunales, las que se dan entre amigos, enseñan de la participación, la representación; enseñan la relación consenso–disenso, mayorías–minorías. Estos aprendizajes permiten ir escalando el verdadero significado de comunidad, solidaridad, cooperación, justicia e igualdad, en cuya dimensión se juega la sobrevivencia del género humano.

## Referencias bibliográficas

Aristóteles (1988). *La Política*. Madrid: Gredos.

Axelrod, Robert (1984). *La evolución de la cooperación: el Dilema del Prisionero y la teoría de los juegos*. Madrid: Alianza Editorial.

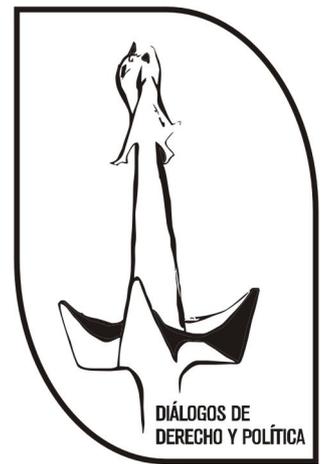
Hobbes, Thomas (1994) *Leviatán*, Tomo I y II, Barcelona: Altaya.

Jäger, Werner (1995). *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Marx, K. (1977). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política, (borrador)*. Gründisse, México: Siglo XXI Editores.

Nisbet, Robert A. (1977). "Cooperación". En: David L. Sills (Comp.). *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*. Madrid: Aguilar. 11 tomos (tercer tomo).

Platón (1987). *La República o El Estado*. Madrid: Austral.



# Límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional

**Roosevelt Jair Ospina Sepúlveda**

Abogado. Magíster en Derecho, Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo  
electrónico: [ospinar@quimbaya.udea.edu.co](mailto:ospinar@quimbaya.udea.edu.co)

## Resumen

La administración pública tiene ámbitos decisorios en el Estado Social de Derecho, pues su labor de reglamentación y de ejecución de la Ley, entraña, unas veces, el uso de facultades discrecionales para la determinación del interés general; o, la necesidad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados expresados en la norma habilitante. En ambos casos, la inexistencia de respuestas unívocas en su aplicación, ya sea porque existan dos o más alternativas de interés general (indiferentes jurídicos), en el primer caso, ora porque se planteen varias formas plausibles de interpretar el concepto jurídico indeterminado, implica que la administración, a través del servidor habilitado, deba realizar un juicio valorativo sobre tales alternativas, por lo que se hace necesario exigir de éste, que su decisión final lo sea bajo pautas de racionalidad y razonabilidad. Con ello se pretende evitar el riesgo de arbitrariedad, ínsito en los procesos valorativos. La jurisdicción contenciosa y los órganos de control de la función pública cuentan con herramientas que determinan estas puntas de elección; entre otras, se halla: el control sobre los elementos formales del acto administrativo; control sobre los hechos determinantes; la coherencia con los fines determinantes; respeto de la decisión por los principios generales del derecho y, finalmente, la razonabilidad de la decisión, según las expectativas legítimas de los sujetos pasivos de la medida adoptada.

**Palabras clave:** Discrecionalidad administrativa; conceptos jurídicos indeterminados; decisión administrativa; acto administrativo discrecional; acto administrativo relativamente reglado; racionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa.

## Límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional\*

El principio de legalidad permea todos los procedimientos democráticos en el Estado Social de Derecho, incluso las pautas procesales para la formación y expedición de las leyes, en cuanto a la actividad legislatora se refiere; no obstante, el poder legislativo actúa bajo el amparo de la capacidad de configuración legislativa dentro de los límites impuestos únicamente por la constitución, por ello sus decisiones son medidas con criterios de oportunidad más no de legalidad.

No ocurre lo mismo tratándose del ejercicio de la función judicial y de la función administrativa. En el ejercicio de sus atribuciones, ambas funciones plantean rasgos esencialmente similares, por ejemplo, sus determinaciones se adoptan con criterios de decisión particular (sentencias y actos administrativos), no general; excepcionalmente, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria la administración actúa por vía general; les está vedado actuar dentro de espacios francos o libres de Ley, pues se parte del entendido que el derecho condiciona y determina, de manera positiva, sus actuaciones, las cuales no serán válidas si no responden a una previsión normativa; sólo de forma excepcional, la Administración, cuando hace uso de facultades discrecionales, puede actuar bajo criterios de oportunidad. Igualmente, ambos órganos, en tanto operadores jurídicos, permanentemente se ven en la necesidad de hacer interpretaciones sobre conceptos jurídicos indeterminados.

A pesar de las similitudes entre la función jurisdiccional y la función administrativa, se debe reconocer la existencia de importantes diferencias en la labor hermenéutica y de aplicación de la Ley que se les encomienda. Así, se tiene que, según Stahl, mientras los tribunales tienen en la ejecución o particularización en un caso concreto de la ley, el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la ley.<sup>1</sup> El anterior enunciado se entiende mejor con el siguiente ejemplo: cuando la Administración Pública decide construir una plaza pública o un parque, lo hace siguiendo cuidadosamente el plan de desarrollo y de acción municipal y la ley de contratación, pero no porque el cumplimiento de tales cuerpos normativos sea su última finalidad, sino porque a partir de dichas obras respeta las condiciones de

---

\* El presente artículo condensa uno de los componentes que integra la propuesta de profundización denominada "*Tendencia de los principios de Legalidad y de la Buena Fe en los Ámbitos de Decisión de la Administración pública*", presentada por el autor para optar al título de Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Su desarrollo representa el contenido vertido en el capítulo segundo de dicho trabajo: "*De la Discrecionalidad Administrativa y de los Conceptos Jurídicos Indeterminados: Ámbitos de Decisión de la Administración pública*". págs. 42 a 103.

<sup>1</sup> Citado en: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón (2000). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid. pág. 436.

oportunidad decididas políticamente; el objeto de la Administración no es, en sí mismo, ejecutar la ley, sino servir a los fines generales.<sup>2</sup>

Estas diferencias, y la especial característica de la función administrativa de propender por la consecución del interés público o interés general,<sup>3</sup> no es óbice para dejar de someter a juicios lógicos y de argumentación jurídica las determinaciones adoptadas por la Administración Pública a través de sus servidores, cuando quiera que se vean enfrentados a casos difíciles o de varias alternativas plausibles de elección. Ello nos conduce a entender que la aceptabilidad racional de sus decisiones permite el cumplimiento de las exigencias de legitimidad social y certeza jurídica que debe respetarse en un Estado Social de Derecho, como fundamento de la garantía de libertad de la población y de la paz social.

### **Métodos de control de los ámbitos de decisión de la administración pública**

Ahora bien, la dogmática jurídica ha desarrollado ampliamente a lo largo de la construcción de sus principios y postulados, en los regímenes occidentales en los cuales se ha instaurado el Estado de Derecho fundado en el principio de legalidad, los métodos procedimentales a través de los cuales se determina la solución a los diferentes problemas jurídicos que se presentan cotidianamente. Dichos métodos

---

<sup>2</sup> La jurista española Eva Desdentado Daroca diferencia tres tipos de discrecionalidad en el Estado Social de Derecho: a) *Discrecionalidad Administrativa*; b) *Discrecionalidad Jurídica* y; c) *Discrecionalidad Política*. Según su apreciación la *Discrecionalidad Política* es la inherente al ejercicio de la función legislativa, refleja en la elección de medios y fines, dentro de un amplio marco de opciones políticas, para ser consagrada en normas generales, con el único límite de los preceptos constitucionales. Por otro lado, la *Discrecionalidad Administrativa* es definida por la autora española como aquella que consiste en la realización de elecciones sobre los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público establecidos por el legislador o, incluso, en la especificación de esos fines. En cuanto tiene que ver con la *Discrecionalidad Jurídica* es expresada como “una discrecionalidad puramente instrumental porque el ordenamiento jurídico no atribuye a los tribunales poder de decisión alguno para realizar elecciones conforme a su propia apreciación del interés público (...) La discrecionalidad que aparece en el ejercicio de la función jurisdiccional no es, pues, más que una consecuencia inevitable de la dificultad de la tarea interpretativa y de límites de la racionalidad práctica”. En: Eva Desdentado Daroca (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Civitas, Madrid. págs. 22-24.

<sup>3</sup> El principio de interés público o general será entendido siguiendo la propuesta de Hugo Alberto Marín Hernández, como: “(...) aquél que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del derecho referido a la identificación y satisfacción de las necesidades y los fines públicos (...) el cual cumple una función directiva del desarrollo normativo del orden constitucional en programas administrativos, en los que se produce una definición del interés general que ha de entenderse como el pertinente (...) Desde él cabe siempre un juicio de valor jurídico sobre la base de la regla de ser legítimo todo lo necesario pero solo lo necesario para la realización efectiva de la norma aplicable y no ya del interés general en abstracto (...)” En: Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá. págs. 42-43

representan, en buena parte, lo que la doctrina moderna denomina métodos formales del razonamiento, y que, aplicados a la labor de interpretación del derecho a casos concretos, permite, la mayor de las veces, que la solución de los mismos lo sea de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico y del derecho positivo. Para ello basta con recurrir a las fuentes formales del derecho y realizar un procedimiento de subsunción para que, de esa forma, el resultado de dicho proceso sea la solución que se ha de aplicar.

Este procedimiento permite la separación de los poderes públicos y está llamado a impedir que la actuación de la administración pública y de los jueces interfiera en la actividad legislativa creando normas de derecho, o desbordando el ámbito propio de sus respectivas competencias. En uno y otro caso, se rastrea la idea de la legitimidad de la decisión basada en criterios de respeto a las competencias, sobre la base que sólo el legislador plasma su voluntad general a través del texto legal; mientras que, la administración y el juez deciden, generalmente, bajo las pautas de los casos particulares. Esta concepción parte del entendido que el funcionamiento del aparato estatal obedece, por un lado a la voluntad y por el otro a la razón de sus órganos, resultando de ello que el órgano legislativo es quien posee voluntad (está vinculada con el uso del poder social); y por el otro, la administración y el juez, en tanto que llamados a aplicar el derecho en casos concretos, realizan su labor guiados sólo por la razón.

De acuerdo con lo anterior, se ha dicho que la decisión jurídica o, en su caso, el punto de vista interpretativo enunciado por el operador jurídico debe respetar los criterios de racionalidad establecidos por el ordenamiento jurídico; esto es, su interpretación debe armonizarse con los requerimientos de coherencia y legalidad que exige la dogmática jurídica. Dicho requisito se entiende cumplido si el enunciado jurídico que es producto del procedimiento hermenéutico es el resultado del respeto por el sentido interno del sistema jurídico. Se tiene así que, en un primer estadio, la decisión jurídica y, más concretamente la decisión administrativa, debe ser racional, por lo cual se deben seguir las pautas de interpretación y las fuentes válidas del derecho expresamente consagradas en el propio ordenamiento, dichas fuentes han de estar debidamente categorizadas y priorizadas.

Una decisión tal será racional si, por ejemplo, tratándose de un acto administrativo discrecional o aquél que es producto de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, respeta los postulados constitucionales y legales; además de lo cual, si está fundamentada en una realidad fáctica verificable, y si se ajusta a las finalidades implícitas o explícitas de la norma constitucional o legal habilitante. Igualmente, si al hacerse aplicación de la medida de que trata el mismo acto, no se quebrantan principios generales del derecho y del derecho administrativo, como la interdicción de la arbitrariedad, el principio de la igualdad o de la proporcionalidad, entre otros. Una decisión racional en materia

administrativa debe proscribir la analogía cuando de competencias se trata. Esta forma de racionalidad puede ser identificada, en materia de actos administrativos, como aquella que exige de éstos el cumplimiento de los requisitos formales vertidos en la norma habilitante.

Además de la anterior forma tradicional de racionalidad jurídica-positiva,<sup>4</sup> es posible exigir de las decisiones administrativas racionalidad teleológica, es decir racionalidad finalista: ella está basada en pautas diferentes a la primera forma de racionalidad. Por consiguiente, según la estructura del orden jurídico, la racionalidad teleológica<sup>5</sup> tiene diferentes grados de importancia y de aplicabilidad; así, si el sistema de normas jurídicas está constituido por normas flexibles (elásticas), este modelo tiene un uso mayor que la interpretación de normas bien formuladas. Esta forma de racionalidad jurídica está íntimamente vinculada, en cuanto a los actos administrativos discrecionales y aquellos que son aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como una forma de evitar la desviación de poder en la actuación administrativa, por lo cual su técnica está enderezada a garantizar la correspondencia entre la finalidad de la norma habilitante y la de la autoridad administrativa que expide el respectivo acto.

Por último, se halla también la racionalidad institucional, que es aquella racionalidad implicada en el propio sistema jurídico. Se parte entonces de entender que todo orden tiene sus propios principios generales, relaciones sistemáticas entre las normas: el sistema tiene sentido interno es el decir de Werner Krawietz,<sup>6</sup> para denotar con dicha expresión que la comprensión de las funciones y el funcionamiento de las normas jurídicas y del orden jurídico en general presupone tomar en cuenta la racionalidad en el sentido de la teoría de los sistemas. Esta forma de racionalidad permite controlar la coherencia sistémica de la decisión administrativa, expresada a través de un acto administrativo; el sentido de la voluntad del administrador debe respetar los principios generales del derecho y, en particular, los principios del derecho administrativo.

Estas formas de racionalidad son las que mejor encarnan las pautas hermenéuticas establecidas por la dogmática jurídica para fijar los parámetros de legalidad de la decisión de la administración pública. Según ella, en primera medida, una decisión administrativa basada en la discrecionalidad conferida por el ordenamiento jurídico, debe respetar los elementos formales o reglados del acto administrativo; se tiene así que los actos administrativos (discrecionales o reglados) deben seguir

---

<sup>4</sup> Término acuñado por Aulis Aarnio (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Garzón Valdés E. (Trad.) Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. pág. 235. Con dicho término pretende describir uno de los aspectos más importantes de la forma de decisión racional.

<sup>5</sup> Aulis Aarnio (1991). *Ibidem*. pág.240

<sup>6</sup> Krawiestz Werner. Citado en *ibidem*. pág. 240

los lineamientos procedimentales para su existencia y validez y de la potestad que lo habilita. Se constituyen entonces en elementos reglados del acto administrativo los siguientes: 1) la existencia misma de la potestad habilitadora, su extensión, la competencia para ejecutarla y el fin que ella persigue; 2) los hechos determinantes del acto administrativo: estos constituyen la fundamentación fáctica para la expedición del respectivo acto; 3) elementos eventuales: tiempo u ocasión del ejercicio de la potestad, forma de ejercitarla y el fondo parcialmente reglado. Se tiene así que los ámbitos decisorios de la administración pública, en cuanto al ejercicio de las facultades discrecionales se refiere, deben, como primera medida, obedecer a unos requerimientos formales que impone la norma habilitante.

El jurista Eduardo García de Enterría, cuya obra se analiza ampliamente en el presente artículo por contener elementos doctrinales profundamente arraigados en los tribunales de cierre de la jurisdicción colombiana esbozó esta circunstancia pero refiriéndola a la discrecionalidad administrativa propiamente dicha, pues, en cuanto se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados es enfático en manifestar, siguiendo al profesor norteamericano Ronald Dworkin que, al existir siempre una única respuesta jurídica correcta para la resolución de los casos dudosos en el derecho, respecto de éstos no opera propiamente ámbitos de discrecionalidad, ni la posibilidad de elección conforme a criterios de oportunidad, sino que, en todo caso, la administración pública está obligada a decidir conforme a los imperativos expresos o implícitos de las fuentes válidas del derecho: no es necesario hacer juicios interpretativos ni de elección tratándose de conceptos jurídicos indeterminados. No obstante dicha postura, que como veremos no se comparte en la presente propuesta, el citado autor, al referirse a la discrecionalidad administrativa, enuncia sus elementos reglados de la siguiente forma:

“(…) En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y dentro de éste a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una necesidad pública (...) Además de los cuatro elementos precedentes puede haber en la potestad otros eventuales: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional de un quantum pero dentro de determinadas magnitudes, etc.) (...)”<sup>7</sup>

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón (2000). *Op. cit.* pág. 454. A esta misma dirección apunta la posición inicial del profesor García de Enterría, vertida en su clásica obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, en la cual, a propósito de su búsqueda en la reducción de la discrecionalidad administrativa, plantea como una primera medida para lograrlo lo siguiente: “(...) la primera reducción de éste dogma de la discrecionalidad

De los elementos referidos, el atinente a los fines para la expedición del acto administrativo (especialmente el acto administrativo discrecional), su pertinencia y coherencia con los fines establecidos por la ley habilitante es el que representa un caso que requiere especial mención, por tratarse de una forma de control de la voluntad de la administración que mayor controversia ha generado. Dicho control ha sido posible acudiendo a la técnica de la Desviación de Poder, que, sin duda, se ha constituido en un método eficaz para reducir las posibilidades de arbitrariedad, ínsitas en los ámbitos de decisión del administrador. Para aclarar mejor éste concepto la jurista española Carmen Chinchilla Marín, en su obra “*La desviación de Poder*”, partiendo de la noción de fin del acto administrativo como un elemento reglado, pasible de ser controlado, enseña algunos parámetros a partir de los cuales se puede identificar el fin que persigue la norma habilitante de la potestad discrecional, asimismo, permite precisar el alcance de los controles que sobre dicha discrecionalidad es posible ejercer.

Para cumplir el anterior cometido la citada autora parte de entender que, es imperativo en un Estado Social de Derecho que toda actividad o inactividad<sup>8</sup> administrativa está siempre sometida un fin, que no es otro que servir con objetividad y eficacia a los intereses generales.<sup>9</sup> Según su parecer toda actuación administrativa, cualquiera que sea la modalidad o forma que revista y que, a la vez, sea consecuencia del ejercicio de una potestad, o, inclusive, si es manifestación del cumplimiento de un deber, está sometida a un fin que la justifica. La desviación de poder como técnica del control del fin de la potestad administrativa, que implica la existencia de un vicio en la voluntad del acto administrativo expedido, puede producirse tanto en los actos administrativos discrecionales o aquellos que son relativamente reglados, incluso a los reglamentos; por lo tanto cada una de éstas

---

se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de las potestades, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esa potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos elementos necesariamente reglados lo son normalmente, aunque pueden darse o darse en distinta medida...y en fin, el fondo parcialmente reglado (...)” En: García de Enterría, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A., Madrid. págs. 25 y 26

<sup>8</sup> La autora defiende la posibilidad que la técnica de la desviación de poder sea utilizada para el control de las omisiones de la administración. Para ello trae a colación los planteamientos de GÓMEZ PUENTE M., en los siguientes términos: “(...) ningún obstáculo teórico puede oponerse a la utilización del instrumento de la desviación de poder para fiscalizar la inactividad administrativa, concretamente, para controlar si la administración, al hacer dejación del ejercicio del ejercicio de sus potestades que, como se sabe, son potestades – función, se aparta del fin que le encomienda la Ley (...)”. Gómez Puente, M (1997). *La inactividad de la Administración*. Arazandi. Citado por Chinchilla Marín, Carmen (1999). *La Desviación de Poder*. Editorial Thompson Civitas, Madrid. Concluye la autora expresando a lo anterior que: “(...) aunque el supuesto clásico y más frecuente de desviación de poder sea el ejercicio de potestades por parte de la administración, es igualmente posible que la misma incurra en ese vicio con su inactividad, ya sea ésta material o formal (actos presuntos) (...)”.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

formas de manifestación de la voluntad de la administración son susceptibles de ser anuladas acudiendo a la técnica de la desviación de poder. Entendida pues la desviación de poder como la herramienta o instrumento a través del cual se logra la coherencia entre los fines del legislador y los del administrador, es obvio deducir el carácter instrumental de dicha figura.

Se ve como la figura de la desviación de poder es inescindible del concepto de fin y de potestad o, más específicamente, potestades-función o potestades vinculadas legalmente al cumplimiento de unos fines establecidos por el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una idea propia de la actuación administrativa. Dicha noción está caracterizada por la nota de la voluntariedad e intencionalidad de la administración con su proceder; es decir, el apartamiento del fin es querido y buscado por el administrador autor del acto; por ello se ha dicho que este vicio implica una voluntad consciente y deliberada de utilizar sus prerrogativas para un fin distinto del querido por el legislador. Sobre el particular la jurista española en comentario manifiesta:

“(...) Si la desviación de poder exige intencionalidad en el apartamiento del fin establecido por la ley; si ha de haber un móvil torticero o desviado en la voluntad del órgano administrativo que dicta el acto, es una flagrante contradicción sostener que se pueda incurrir en desviación de poder por error. Precisamente porque la desviación es consciente y deliberada resulta tan difícil su prueba, porque hay que indagar en las intenciones más escondidas de la administración para demostrar que la misma quiso atender con su acto un fin diferente a aquel que le asigna la norma (...)”<sup>10</sup>

Es importante tener en cuenta que la desviación de poder no precisa que el apartamiento de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico lo sea por fines espurios, mal intencionados o encaminados a producir afectación a derechos legítimos de los asociados, o que se utilice en beneficio de los agentes administrativos que han expedido el acto administrativo, es decir, no requiere la concurrencia de móviles subjetivos, sólo basta con demostrarse que el fin concreto de interés general impuesto por la norma habilitante ha sido distorsionado consciente y voluntariamente. No importará tampoco que el fin perseguido con la desviación del fin sea plausible, ni aún de interés general.

Ahora bien, sí la administración no persigue ese apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de control será los hechos determinantes del acto. Sobre esta particular técnica de control de la actuación de la administración pública, el maestro Eduardo García de Enterría ha sostenido que toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho o fáctica que funciona como tal respecto de la norma de cuya aplicación pretenden derivarse los efectos del acto. Según el profesor español estos presupuestos fácticos

<sup>10</sup> Chinchilla Marín, Carmen. *Op. cit.*

en tanto tal, dan cuenta de una realidad que es única y verdadera: “no se puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra”. Por ello, según su entender, aunque la valoración política de la realidad puede llevarse a cabo haciendo uso de la facultad discrecional, no ocurre lo mismo con la realidad propiamente dicha:

“(…) si se ha producido el hecho y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo (...)” (subrayado nuestro)<sup>11</sup>

Por último, como corolario de la racionalidad institucional se hallan los principios generales del derecho y del derecho administrativo que, como se vio, constituyen una eficaz forma de garantizar el sentido interno del ordenamiento jurídico y la coherencia sistémica de la decisión administrativa. Su utilidad como técnica de control en el derecho administrativo es indiscutible, máxime en un Estado Social de Derecho como el nuestro, en el cual pulula la legislación contingente y ocasional, de normas parciales y hasta contradictorias. Esa realidad excluye toda posibilidad de confiar la labor hermenéutica a una ciencia estrictamente exegética como lo planteaba el modelo de Estado de Derecho Liberal Clásico. Se tiene así que, en una administración que invade todas las esferas de la vida privada sólo la vinculación de ésta a principios jurídicos materiales puede asegurar la libertad individual y justicia social. Dichos principios pueden ser condensados sintéticamente siguiendo la clasificación efectuada por Hugo Alberto Marín Sánchez, así: objetividad, imparcialidad protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y, ante todo respeto por los derechos fundamentales.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> García de Enterría, Eduardo (1983). pág. 32

<sup>12</sup> Dichos principios pueden ser definidos brevemente: 1) Objetividad: si por neutralidad ha de entenderse toda actividad desarrollada en posición de ajenidad e indiferencia respecto a la materia y a los intereses de los sujetos sobre los que se opera, parece claro que dicha posición es incompatible con el deber de los órganos administrativos de adoptar decisiones discrecionales. Neutral debe ser, en cierta forma la función judicial, y aún la de los órganos de la administración con tareas predominantemente técnicas; pero difícilmente puede serlo la toma de decisiones no vinculadas jurídicamente. Ponce Solé, Deber de Buena Administración. No obstante lo anterior es preciso manifestar que éste principio supone la prohibición para aquella (la administración) de efectuar discriminaciones no amparadas por el ordenamiento y que carezcan de razonabilidad. Un acto atacado por imparcial puede ser anulado por incurrir en desviación de poder; 2) Objetividad: exige una ponderación de los intereses presentes antes de decidir, debiendo realizarse un examen efectivo de los datos relativos al caso concreto, puesto que la decisión discrecional no puede ser producto de la intuición personal del órgano administrativo, sino resultado de un juicio lógico de estimación, conectado lógicamente con esas circunstancias propias del supuesto, previamente investigadas. Deber de Buena Administración; Igualdad: éste principio exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea

Los anteriores ámbitos de control de la discrecionalidad administrativa constituyen los métodos tradicionales para determinar la legalidad de las decisiones de los administradores en el ejercicio de sus funciones, cuando quiera que expidan actos administrativos (sean éstos discrecionales o relativamente reglados). Se constituyen en las herramientas procedimentales a través de las cuales se garantiza la racionalidad de la decisión. En diversas formas el Estado de Derecho ejerce contrapeso al ejercicio de la función administrativa: ello puede ocurrir a través del control jurisdiccional sobre la potestad y la manifestación de la voluntad administrativa misma, mediante la impugnación del acto administrativo<sup>13</sup>; o puede serlo indagando sobre la responsabilidad personal del servidor público que ostenta la majestad que confiere la potestad (responsabilidad política, patrimonial, disciplinaria y penal). Son dos caras de una misma moneda, no obstante los efectos disímiles que dichos controles aparejan. En estas hipótesis ha sido frecuente entender que sobre la administración pesa la obligación de justificar el alcance de sus determinaciones, sobre la base del principio de responsabilidad. La carga de la prueba para la justificación de sus decisiones generalmente ha sido radicada en el órgano que ejerce el poder público.

---

arbitraria o carezca de fundamento racional. Igualmente, este principio no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquella desigualdad que resulta artificiosa o injustificada por venir fundada en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con los juicios de valor generalmente aceptados; 3) Racionalidad y Razonabilidad: puede decirse que una decisión administrativa es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, es consistente, eficiente y coherente; además de lo cual no se fundamenta en criterios externos de naturaleza política o moral. Por su parte, la noción de razonabilidad está ligado al concepto de legitimidad de la decisión, en la medida en que respeta en la mayor medida posible las expectativas mayormente esperadas; 4) Proporcionalidad: éste se traduce en la exigencia de que cualquier limitación producida por la administración a los derechos de los particulares o, en general, al ámbito de la libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en la medida en que resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada, para ello la doctrina alemana ha hecho uso de tres subprincipios, estos son el mandato de adecuación, de idoneidad y de congruencia. Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. págs. 367 a 443

<sup>13</sup> Nuestro ordenamiento jurídico establece dos mecanismos expeditos para atacar la ilegalidad de los actos administrativos, sean éstos de carácter particular o general. Así por ejemplo, el artículo 84 del C.C.A. establece: "(...) Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos (...)"; de igual forma, el artículo 85 establece la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así: "(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente (...)"

## Método de decisión razonable de la administración pública

El proceso de decisión de la administración pública, a través de sus servidores en los ámbitos propios de su competencia, es una cuestión de interés público, por ello es del resorte de todos los asociados ejercer un adecuado control sobre tales determinaciones. Las potestades administrativas deben poseer un carácter expreso y específico,<sup>14</sup> lo que deberá impedir que cuando son ejercidas por el respectivo funcionario éste desborde sus límites, lo cual implica, a su vez, la existencia de una correlativa situación o posición jurídica-activa a favor de la población para exigir que el cumplimiento de dicha prerrogativa lo sea en los precisos términos en que tal poder fue concedido por la norma habilitante: nada más saludable y deseable para un sistema regido por los principios participativos y representativos de las democracias constitucionales occidentales.

Esta vocación tiene una explicación histórica en la teoría de la división de los poderes públicos<sup>15</sup> y en el principio de legalidad, bajo el auspicio de la lógica

---

<sup>14</sup> En nuestro sistema, el Consejo de Estado ha negado la posibilidad del reconocimiento de las potestades implícitas de los poderes públicos en los siguientes términos: "(...) y por lo mismo el juez popular sólo puede ejercer las atribuciones expresamente asignadas por la ley, lo cual excluye en nuestro ordenamiento la existencia de las denominadas "competencias implícitas", como tampoco admite el criterio analógico en materia de atribuciones, ni mucho menos recurrir al expediente *ius privatista*, dominado por el postulado de la autonomía personal, según el cual el que puede lo más puede lo menos, criterio antinómico al de la función pública (...) (El principio de legalidad) impide 'deducir' competencias o atribución alguna para enjuiciar la legalidad de un acto administrativo en sede popular. Y no puede alegarse que en estos eventos la función jurisdiccional asignada al juez popular es esencialmente diferente a la que cumple como juez contencioso en las acciones ordinarias, puesto que el juez constitucional en un Estado de Derecho, como todos los servidores públicos, también está sometido al principio de legalidad, sumisión al imperio de la ley (artículo 230 C.P.) que no puede eludirse pretextando razones 'hermenéuticas', pues la tarea del fallador en materia de determinación de sus atribuciones o competencias es meramente aplicativa o de cumplimiento, como lo puso de relieve recientemente esta Sala (...)" Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Ref.AP-01135-01 de 06 de octubre de 2005. Dicho apartado de la sentencia ilustra la forma en que el Consejo de Estado colombiano entiende debe operar el Principio de Legalidad referido al ejercicio de las potestades públicas y la negación de la aplicabilidad de la teoría de la potestades implícitas o inherentes y, aunque en el caso particular analizado la referencia que se hace lo es respecto de la función jurisdiccional, no cabe duda que, del desarrollo de dicha sentencia, se desprende que la limitación establecida por el alto tribunal hace referencia a la vocación que tiene el Principio de Legalidad en todos los ámbitos del ejercicio del poder público.

<sup>15</sup> La idea de la separación de los poderes públicos está basada, según Chaim Perelman, en una cierta concepción del hombre: la separación de la voluntad (*Wille*) y la razón (*ratio*), según éste autor la actividad legislativa pertenece al ámbito de la voluntad - está vinculada con el uso del poder social- mientras que la aplicación del derecho - jueces y administración- es más bien un asunto de la razón; además de lo cual -prosigue- cuando el ordenamiento jurídico y el derecho fueron equiparados, el resultado fue una concepción totalmente racionalista de la interpretación del derecho: la interpretación según esta concepción es clarificación de las leyes (dogmática jurídica) y aplicación de las leyes a través de la subsunción a los hechos comprobados (toma de decisión). Según este autor, la idea de la única respuesta correcta es expresión de una cierta idea

formal, conceptualizada de mejor forma por la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos.<sup>16</sup>

Dicho postulado presupone la completud del derecho y del ordenamiento jurídico; además de lo cual, prevé como posible hallar una única respuesta correcta para cada situación problemática, apelando a las herramientas de interpretación ofrecidas por la dogmática jurídica. En algunos casos se ha aceptado que, a pesar de la insuficiencia de la lógica formal y de los métodos subsuntivos para ponderar principios o para resolver las particularidades de un caso difícil derivado de la aplicación de una regla, siempre será posible, acudiendo a la moralidad o a la filosofía política, identificar la solución correcta para la situación problemática.<sup>17</sup>

---

del hombre y de una ideología social. Chaim Perelman (1974). *Juristische Logik als argumentationslehre*. Citado por Aulis Aarnio (1991). pág. 210

<sup>16</sup> De la Escuela de la Exégesis nos dice el profesor Recaséns Siches: "(...) la doctrina de la ciencia dogmática del Derecho se apegó fuertemente a la tesis de que sólo la ley escrita podía ser la fuente de las decisiones concretas, y de que la función judicial consistía exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser el texto aplicable; la premisa menor, la constatación de los hechos; y la consecuencia, el fallo (...)". Recaséns Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa. 1958 p. 199. Por otro lado, de la Jurisprudencia de Conceptos nos comenta el profesor Díez Picazo que: "(...) La tarea de la ciencia del derecho consiste, a su juicio [Refiriéndose a George Friedrich Puchta], en conocer y establecer las conexiones sistemáticas existentes entre las diferentes proposiciones jurídicas. Las proposiciones se integran dentro de un sistema axiomático o lógico-deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva de otras y a su vez condiciona o determina a las subsiguientes. El ideal es una pirámide de conceptos en la cual cada proposición jurídica puede ser lógicamente obtenida desde las demás". En: Díez, Picazo, Luis (1973). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Madrid. págs. 257-258. Para el profesor Lyons, esta tendencia extrema de sujeción a la ley se debe más al escepticismo moral de los nuevos autores y no solamente a la justicia formal. Ellos, nos dice Lyons, desconfían de la existencia de argumentos morales plausibles que le permita al juez desatender el tenor literal de la norma. En: Lyons, David (1998). *Aspectos morales de la teoría jurídica*. Barcelona: Gedisa. págs. 32-66.

<sup>17</sup> La propuesta paradigmática que mejor encarna esta variante es la obra de Ronald Dworkin, para quien no existe en modo alguno Discrecionalidad Fuerte para el operador jurídico cuando interpreta conceptos jurídicos indeterminados ya que ello comportaría a su entender la creación de normas jurídicas. Para negar dicha posibilidad argumenta que el derecho es completo y ofrece siempre una solución correcta, para ello entonces reconoce que ante la existencia de un caso difícil por la vaguedad de la norma jurídica que ha de aplicarse aquel debe acudir a la moralidad o a la filosofía política en las que se integra el derecho mismo para buscar el principio que mejor se adecue a la tradición del sistema en donde se pretende aplicar, y a su vez sea el más fuerte desde el punto de vista ético, de lo cual se obtendrá la solución más justa. En: Dworkin, Ronald (1984). *Los Derechos en Serio*. Traducción de M. Gustavino. Barcelona, Ariel. pág. 233. Para Ronald Dworkin no existe en absoluto la posibilidad de que una expresión sea genuinamente ambigua, que puedan presentarse con respecto a ella varios significados alternativos y, ante la eventualidad planteada por el positivismo jurídico en el sentido de reconocer la existencia de "textura abierta" en ciertas normas jurídicas, asevera que sólo una de dichas alternativas será la correcta. El siguiente ejemplo ilustra su proposición: A sostiene la opinión T1 y B, la opinión T2, lógicamente hay tres posibilidades: t1 es la correcta, T2 es la correcta y T1 y T2 son correctas, para el profesor norteamericano sólo una de ellas es la correcta, por lo tanto un testamento es o bien válido o inválido. En: Dworkin, Ronald (1984). pág. 593, citado por Aulis Aarnio (1991). *Op. cit.* pág. 215

Este anhelo democrático debe ser un principio regulativo o de corrección para un Estado Social de Derecho como el nuestro, pero en modo alguno evidencia la realidad cotidiana de la actuación administrativa ni da cuenta de las grandes limitaciones que padece el sistema jurídico. El operador jurídico, dentro de dicha categoría el administrador público que expide actos administrativos discrecionales o que interpreta conceptos jurídicos indeterminados, se ve enfrentado, en ocasiones, a dichas limitaciones. Pero, ¿Cuales son tales limitaciones?

El profesor Herbert Hart analizó, desde su óptica positivista moderada y en el contexto del sistema precedencial inglés, algunos de los aspectos que componen las limitaciones anunciadas. Según su parecer, el sistema jurídico es incompleto, inclusive los enunciados de las reglas jurídicas, por ello considera que es necesario reconocer una labor creadora de derecho en los jueces. En términos generales acepta que cualquiera que sea la técnica utilizada para comunicar pautas o criterios de conducta, precedente o legislación, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto o etapa de su aplicación sus pautas resultarán siendo indeterminadas y, por virtud de ello, tendrá que reconocerse que ante la falta de certeza en la zona marginal de los conceptos aplicados éstos tendrán lo que el autor denomina “textura abierta”.<sup>18</sup>

A juicio del citado autor, las zonas de penumbra, ínsitas en el lenguaje usado para el diseño de algunas reglas de la conducta humana, son la inevitable consecuencia de la regulación por vía general, de la vocación del ordenamiento de anticipar los comportamientos futuros y de asignarles a éstos determinadas consecuencias. No obstante dicha realidad, ha sido costumbre en los diferentes sistemas jurídicos tratar de ignorar la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. Dicho vicio - como expresamente lo llama el autor- ha sido denominado por la teoría jurídica como formalismo o

---

<sup>18</sup> Sobre el concepto de textura abierta del derecho el citado profesor expone: “(...) La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho puede dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varia de caso a caso (...) En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (...) pero habrá también si aquellas (reglas) se aplican o no (...) Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque si disminuir, estas incertidumbres; porque éstos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden -y en eso no difieren de otras reglas- proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre su aplicabilidad en los términos *clasificatorios* (...)”. En: Hart H (1980). *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. Garrido, Editorial Nacional, México. págs. 157-159.

conceptualismo y consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de una tal elección discrecional por el operador jurídico, una vez que la regla general ha sido establecida.<sup>19</sup>

Con fundamento en lo anterior, el profesor Hart estima que dicho mecanismo, efectivamente tiene la vocación de asegurar un grado de certeza o predecibilidad en el ordenamiento jurídico, pero al precio de prejuzgar ciegamente lo que se debe hacer en un caso posterior, cuya composición es ignorada. Así pues, a su juicio, se podrá dilucidar anticipadamente, pero también a oscuras, situaciones que sólo se podrán resolver *razonablemente* cuando se presentan y son identificadas. En términos explícitos, el autor efectúa la crítica a esta forma del razonamiento jurídico en los siguientes términos:

“(…) Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aún como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas (...) Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizadas sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí: (...) El primero en nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos (...)”<sup>20</sup>

Culmina el profesor inglés su disertación sobre formalismo y escepticismo ante las reglas, comparando las dos posiciones como el “*escila y el Caribdis de la teoría jurídica*”, para denotar con ello que dichas posiciones extremas son grandes exageraciones, y que resultaría mucho más apropiado entenderlas en una relación de mutua corrección. Según su parecer, la verdad se encuentra entonces en un punto intermedio de sus postulados, que permita entender mejor la forma de decisión de los operadores jurídicos y el uso de la función creadora que les deja la textura abierta de la ley o el precedente cuando deben aplicarlos a casos particulares sobrevinientes.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> *Ibidem.* pág. 161

<sup>20</sup> *Ibidem.* pág. 16

<sup>21</sup> A esta dirección apunta, aunque en un contexto más contemporáneo, las apreciaciones del profesor italiano Luigi Ferrajoli, al analizar en su obra “*Pasado y Futuro del Estado de Derecho*”, los retos que asume en la actualidad el Estado de Derecho Legislativo y el Estado Constitucional de Derecho. A partir de dichas reflexiones plantea que, por un lado, se ha operado una suerte de crisis en el concepto mismo de legalidad, en virtud de la *regresión* a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno, pues se ha presentado un colapso de la capacidad reguladora de la Ley, lo que ha implicado el retorno al papel creativo de la jurisdicción y la asunción de extensos ámbitos regulatorios por la administración pública.<sup>21</sup> La observación del profesor italiano sobre la crisis del

Ahora bien, la realidad esbozada ha aparejado que la administración pública haya asumido por vía de la potestad reglamentaria y de las habilitaciones para expedir actos administrativos discrecionales, ámbitos de decisión propios del legislador; además de lo cual, la variedad de normas legales y su natural textura abierta, la han obligado a integrar e interpretar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en ella, en aras de alcanzar los intereses generales de la población. Cuando ocurre lo primero, es decir, cuando usa potestades reglamentarias o cuando expide actos administrativos discrecionales, actúa sobre la base de criterios de oportunidad (indiferentes jurídicos); mientras que, cuando ocurre lo segundo, actúa como un órgano competente para operar el derecho válido, en razón a lo cual el administrador se ha visto abocado, aunque en un ámbito distinto, si se quiere menos amplio, a las mismas vicisitudes a que se ve enfrentado el juez a la hora de interpretar y aplicar la ley que contiene conceptos jurídicos indeterminados.

En uno u otro caso es evidente la responsabilidad social que genera para la Administración Pública la adopción de tales decisiones. Debe satisfacer con ellas las expectativas de los administrados y propender porque las mismas sean expedidas con criterios de legitimidad, para lo cual debe cuidar que la coherencia y el carácter lógico (racionalidad interna) esté siempre presente en dichas determinaciones y, al mismo tiempo, debe procurar que se armonicen con los estándares de interés general definidos por la constitución política de acuerdo a los valores allí consagrados (razonabilidad). En otras palabras, debe lograr que sus determinaciones cumplan con las pautas de racionalidad y razonabilidad.

El punto de partida de la presente propuesta consiste en entender que la decisión del administrador, como ocurre con la decisión del juez, en tanto operador jurídico, debe respetar los límites de coherencia y de aceptabilidad que le impone el ordenamiento en su conjunto. A partir de dichos límites se puede pregonar que

---

Principio de Legalidad, como pilar básico del Estado Legislativo de Derecho quedó referida en los siguientes términos: "(...) En el primer aspecto, la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del estado legislativo de derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos (...) Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por docenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el principio de que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa (...) Así, la racionalidad de la Ley, que Hobbes había contrapuesto a la "*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados" del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del derecho (...)” En: Ferrajoli, Luigi (2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Neo constitucionalismo*. Editorial Trotta. págs. 20-21

ellas responden a los patrones de legitimidad, consustanciales a todo acto de autoridad en un Estado Social y Democrático de Derecho. En cuanto a la coherencia de la decisión, ésta puede ser enunciada, como se hizo al tratar el tema de los métodos de control de la decisión administrativa, como la exigencia de racionalidad que debe poseer, es decir, aquella condición según la cual se respetan premisas de contenido objetivo y que tienen que ver con su lógica interna; mientras que, el concepto de razonabilidad descansa sobre premisas de contenido valorativo, más abiertas a las convicciones sociales.

Ahora, si bien es cierto que un análisis exhaustivo de la diferencia que existe entre ambos conceptos (lo racional y lo razonable) desborda ampliamente el objeto de la presente propuesta, en términos generales la misma puede ser planteada a partir de los postulados del Test de racionalidad y el Test de razonabilidad, explicado por E. Alonso García, en virtud del cual el primero corresponde a la utilización del argumento objetivo, lógico, que presupone la relación medio-fines y, por virtud de ello, será considerado irracional todo aquello que pretenda ser un medio para la consecución de determinado fin, si en realidad no es apto para ello, verbigracia es irracional la desigualdad que no tenga nada que ver con la finalidad que pretende la norma.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el Test de razonabilidad, el citado autor lo caracteriza como aquel que consiste en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público, y, retomando el ejemplo anterior, se dirá que es precisamente dicha autoridad quien introduce el trato diferencial, para observar si las razones esgrimidas para sustentar dicha desigualdad están acorde con los valores constitucionales; es decir se comprueba directamente si las razones del trato diferente tiene un peso específico (un valor) capaz de contradecir a los valores constitucionales.<sup>22</sup>

Esta diferenciación nos introduce, a su vez, en una distinción de suma importancia entre justificación interna<sup>23</sup> y justificación externa<sup>24</sup> o, en otros términos, entre

---

<sup>22</sup> E. Alonso García. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. págs. 50-51, citado por Eva Desdentado Daroca en una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 82. pág. 274.

<sup>23</sup> En la justificación interna, siguiendo a Robert Alexy, se trata entonces de establecer si la decisión se deriva lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; a los problemas vinculados con este ámbito de justificación se les ha denominado silogismo jurídico y en ellos juega papel relevante el principio de universalidad, que aunado al de justicia formal, exigiría tratar de la misma manera a seres esencialmente iguales. Para el profesor alemán, de lo anterior resultarían las siguientes reglas de justificación interna: "(...) J.2.1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por los menos una norma universal; J.2.2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones (...)". En: Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997. págs. 222-223

contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Dicha clasificación nos permite entender por qué se acude a la teoría de la argumentación jurídica como soporte conceptual de la propuesta que aquí se expone, en cuanto a la forma de la decisión de la administración pública, adoptada en espacios francos de regulación legal y que aparejan para sus servidores la posibilidad de elección en ámbitos de discrecionalidad, o en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados vertidos en la norma habilitante.

La teoría de la argumentación jurídica, a partir de sus formulaciones iniciales esbozada por la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin, y, más recientemente, pero de mayor interés, los planteamientos de Neil Maccormick y del profesor alemán Robert Alexy, se enderezan a trabajar en el contexto de justificación (justificación externa). Allí radica la originalidad de sus planteamientos, pues precisan que es insostenible un postulado tal que exprese una única solución justa o correcta para todos los problemas jurídicos (aunque en el caso del profesor R. Alexy lo estima como un principio regulativo), precisamente en virtud de los rasgos de vaguedad y de imprecisión del lenguaje; ello los induce a considerar que es imposible pregonar el carácter estrictamente lógico y subsuntivo del proceder de los operadores encargados de interpretarlo.

De los últimos autores reseñados se desprende la propuesta del jurista finlandés Aulis Aarnio, quien en su obra *Lo Racional como Razonable*, desarrolla un análisis sobre los ámbitos decisorios, no sólo del juez sino también del administrador, en tanto operador del ordenamiento jurídico. Su propuesta describe entonces qué puede entenderse como método de decisión razonable, la cual queda enunciada como un principio regulativo denominado *aceptabilidad racional*<sup>25</sup> de las decisiones jurídicas.

---

<sup>24</sup> Por su parte, la justificación externa es la fundamentación de las premisas para la justificación interna, las cuales pueden ser de diferente tipo, cada una corresponde con un método distinto de justificación (por ejemplo: reglas de derecho positivo, en cuanto tiene que ver con los criterios de validez del sistema al cual está integrado; los enunciados empíricos, las máximas de presunción racional o las reglas de la carga de la prueba; y un tercer tipo de premisa no encajaría ni en las reglas de derecho positivo ni en las reglas empíricas para lo cual se recurre a la argumentación jurídica. El objeto de la argumentación consiste en justificar este tipo de premisas. En expresos términos del profesor Robert Alexy: "(...) Aquí reside todo el núcleo de toda la interpretación jurídica. La justificación externa no es silogística en modo alguno. Es una cuestión de convencer a la otra parte, al destinatario de la interpretación (...) Esto se hace simplemente de manera tal que el interprete agrega nuevos silogismos que apoyan su interpretación o sus argumentos, pero cada paso está guiado sólo de una manera laxa por los criterios de racionalidad o por las pautas de interpretación jurídica. No hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir que justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El interprete tendrá éxito si la totalidad de los argumentos (la cadena de silogismos) es lo suficientemente convincente para la otra parte (...)” En: Alexy, Robert. *Ibidem*. págs. 218-221

<sup>25</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.*

Su propuesta parte de la base de considerar la inexistencia de una única respuesta correcta en los problemas de interpretación del ordenamiento jurídico; además, reafirma la necesidad, en la dogmática jurídica, de la efectivización del principio de la certeza jurídica, como un valor inmanente a todo orden justo y legítimo. Para ello aclara que la interpretación y la enunciación de un punto de vista interpretativo sólo se justifica en la medida en que esté vinculado a la resolución de un caso difícil, pues aquellos que pueden ser fácilmente resueltos con los mecanismos de la lógica formal no son pasibles de ser interpretados. En este último caso bastará con recurrir a la subsunción y a los silogismos o, en todo caso, a la adecuada elección de las fuentes de derecho a aplicar.

Tratándose de casos difíciles, el citado autor asevera que siempre pueden presentarse varios puntos de vista conducentes para resolverlo; no obstante, para que dicho punto de visto no sea una mera recomendación basada en la autoridad o en la persuasión, debe estar justificado. Para que la elección basada en un punto de vista interpretativo pueda ser considerada la base de la aceptabilidad racional del ejercicio de la autoridad (en las decisiones de jueces y otras autoridades), éste debe seguir el procedimiento del discurso práctico racional, pero, ¿qué significa presentar un punto de vista interpretativo justificado? Para resolver el anterior cuestionamiento el autor pone de relieve el siguiente ejemplo:

Tomando en cuenta las fuentes del derecho F, la interpretación F1 del texto legal Li, es la mejor justificada. Con base en ello y suponiendo que la situación de un caso difícil incluye dos alternativas de interpretación competitivas I1 e I2. El interprete A presenta un punto de vista con respecto al contenido I1. Para ser la mejor justificada, la interpretación I1, tiene que satisfacer, al menos, las siguientes precondiciones: a) Las fuentes del derecho F han sido usadas en la forma establecida por las reglas de la interpretación jurídica, lo que implica que no se han violado las pautas de categorización de las fuentes, que se han seguido las pautas de prioridad de las fuentes del derecho y que, por ejemplo no se ha violado la prohibición de la analogía. Por medio de las fuentes del derecho y las pautas de interpretación jurídica, el interprete puede elegir entre las alternativas interpretativas semánticamente posibles y legalmente relevantes; b) Todas las pautas de interpretación jurídicas están abiertas desde el punto de vista de su contenido (estas pautas son del tipo de principios y no del tipo de reglas), por lo cual todo caso difícil y toda elección de alternativas interpretativas en la dogmática jurídica están abiertos a criterios valorativos.<sup>26</sup>

Para aclarar el alcance del anterior ejemplo, el profesor finlandés explica en qué consiste el concepto de racionalidad jurídica o, al menos, las nociones a partir de las cuales ésta puede ser utilizada; esbozando, en primer término, que este concepto puede denotar la obediencia en la labor hermenéutica de ciertas pautas de interpretación y estar basada en ciertas fuentes del derecho; sin embargo, otras acepciones en las que puede ser entendida la racionalidad es la teleológica, es decir, la finalista, en virtud de la cual, si el sistema de normas jurídicas está

---

<sup>26</sup> *Ibidem.* pág. 239

constituido por normas flexibles (elásticas): este sistema de racionalidad tiene mayor uso que en el de normas bien formuladas. Finalmente, esboza como acepción de la racionalidad jurídica la institucional, en virtud de la cual todo orden jurídico tiene sus propios principios generales y unas relaciones sistemáticas entre las normas, o expresado en términos del autor “*el sistema tiene sentido interno*”,<sup>27</sup> lo cual conduce, de forma necesaria, a analizar esta acepción a la luz de la teoría de los sistemas con base en los principios generales del derecho.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el concepto de *aceptabilidad racional*, es planteado por el autor como un fenómeno totalmente diferente al de la racionalidad, pues dicha noción es el resultado final del procedimiento de justificación jurídica, como consecuencia de ello, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos.<sup>28</sup> Esta noción está conectada directamente con la conclusión del discurso, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. Es por ello que, en términos del profesor Aarnio, lo adecuado sea referirse al resultado razonable de la interpretación y no que el razonamiento es razonable. Para ser aceptable, este tiene que responder al sistema de valores de una comunidad jurídica determinada en el cual se esboza, por ello este concepto de comunidad no debe entenderse como comunidad universal en los términos de Perelman sino como comunidad particular e ideal.<sup>29</sup> En términos expuestos, su planteamiento al respecto es el siguiente:

“(…) Lo más importante es observar que una forma de vida común justifica también la intersubjetividad de las variaciones. Nos permite entender por qué los valores no son individuales de una manera arbitraria. Las valoraciones reciben su intersubjetividad de las formas de vida. Una forma de vida es siempre de alguna manera y en alguna medida un asunto común. Es específicamente una forma de vida. Un individuo no puede conformar autónomamente para sí mismo una forma de vida completamente privada, una imagen del mundo y del lenguaje propio. Al hacerlo, se aislaría de la interacción social. Es el aspecto de la forma de vida lo que facilita la comunicación y, a través de ella, la interacción (…) Sería igualmente equivocado vincular una opinión que subraya la relatividad de los valores con la pura arbitrariedad. La vida social y la sociedad misma crean en gran medida contactos

<sup>27</sup> *Ibidem*. pág. 240

<sup>28</sup> Es por ello que el profesor Aulis Aarnio en cuanto a la naturaleza de la interpretación jurídica se refiere, la observa como un *diálogo, una forma de comunicación humana*, y denomina este tipo de racionalidad, siguiendo al profesor alemán Habermas: *racionalidad comunicativa*. Con base en ello, el autor, a partir de la teoría de la acción comunicativa, reconoce que la racionalidad comunicativa es la base de la comprensión humana y, además, la base de la aceptabilidad, pues está vinculada con la argumentación y con el convencimiento. En: Habermas, Jürgen. Citado por Aarnio Aulis. *Op. cit.* pág. 241

<sup>29</sup> Siguiendo al profesor Chaim Perelman, nuestro autor define el concepto de audiencia particular en los siguientes términos: “(…) sus miembros se obligan a ellos mismos a seguir las reglas del discurso racional e, igualmente, la audiencia está ligada a una determinada forma de vida (…) Por ello se dice entonces que una audiencia particular e ideal está cultural y socialmente determinada (…)” En: Chaim Perelman. Citado por: Aarnio, Aulis. *Op. cit.* pág. 279

entre las personas y, a través de ellos, los valores y las valoraciones son también cuestiones sociales que pertenecen a grupos de individuos. Los valores son justamente tan intersubjetivos como lo es la sociedad misma (...) Si es posible justificar satisfactoriamente una posición interpretativa sobre una base racional utilizando un sistema de valores, toda decisión puede ser justificada. Después de todo es racional y está basada en un código de valores (...) por ello la audiencia está compuesta por aquellos individuos que comparten una forma de vida común. Y es precisamente en este sentido que el concepto de audiencia ocupa una posición clave desde el punto de vista de un relativismo axiológico (...)<sup>30</sup>

Como se puede observar, el autor parte de la base del rechazo explícito al relativismo fuerte de los valores y apela a una relatividad axiológica cognoscitiva, para lo cual se hace necesario, en primer término, el respeto de las reglas básicas de racionalidad L, entendidas por el autor como aquellas que hacen referencia a la coherencia o justificación interna de la decisión (lógica deductiva); además, debe respetar las reglas de racionalidad D, que corresponden a la justificación externa del punto de vista interpretativo. Estas reglas de racionalidad D son consistencia, eficacia, sinceridad, generalización, de apoyo y las reglas de la carga de la prueba.<sup>31</sup> Ello le permite ubicar su teoría en el contexto de una sociedad democrática occidental moderna; es decir, una teoría que posibilite, en dicho contexto social, que la interpretación jurídica de cualquier operador del derecho garantice por un

---

<sup>30</sup> Aulis Aarnio, *Op. cit.* pág. 279. Para desarrollar este punto de vista se apoya, además, en la filosofía del lenguaje formulada por Ludwig Wittgenstein, quien criticó el entendimiento tradicional del lenguaje, ya que éste era apreciado como una serie de signos que se refieren a la realidad externa, y, por el contrario, lo caracterizó como una forma de acción, asociado a la práctica, por ello habla de *juegos del lenguaje*, como la manera en que se exterioriza su funcionalidad. L

Wittgenstein, Ludwig. *On Certainty*. Citado por Aarnio Aulis. *Op. cit.* pág. 27. El punto de partida fundamental.

<sup>31</sup> Según Robert Alexy, estas reglas son necesarias para obtener una decisión que respete el procedimiento de justificación de una decisión en un caso difícil. Las define de la siguiente manera: a) reglas de consistencia: la ausencia de contradicción interna significa que un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la misma configuración de justificación; en tal virtud todo hablante no puede contradecirse; todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree; el tratamiento de casos análogos debe ser coherente y distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados; b) reglas de eficiencia: para ser racional el discurso práctico presupone efectividad, es decir el discurso tiene que resultar en una conclusión, un discurso inefectivo es una anomalía; c) reglas de sinceridad: la exigencia de honestidad significa que un participante no puede invocar una justificación que sabe invalida; d) reglas de generalización: un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares, o en expreso términos del profesor Alexy “quien desea convencer a todos puede proponer solo las normas que cada cual puede aceptar”; e) la regla de apoyo: la regla de necesidad de justificación establece que, si así lo demanda, toda proposición tiene que ser justificada. El profesor alemán la expresa así “cada hablante debe fundamentar, si se le solicita, lo que sostiene” y finalmente, f) las reglas de la carga de la prueba, formulado en términos explícitos de Alexy así: “una concepción que ha sido ya aceptada no puede ser abandonada sin razón suficiente”. En: Alexy, Robert (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. págs. 184-191

lado la expectativa de certeza jurídica; además de lo cual, que posibilite la máxima legitimidad de tal decisión: racionalidad y aceptabilidad.

Con la enunciación de su propuesta, el profesor de Hensilki entiende que es equivocado vincular la interpretación jurídica con una opinión que subraya la relatividad absoluta de los contenidos valorativos con la pura arbitrariedad, pues no se trata de cualquier sistema de valores –dentro de cual se pueda justificar racionalmente la verdad o falsedad de todo enunciado–; debe ser aquel que pueda considerarse socialmente relevante. De ahí que, como se dijo, su propuesta de relativismo axiológico sea moderada y que confiera también destacada importancia al concepto perelmaniano de audiencia ideal y concreta, a la que se dirige la argumentación. A continuación se enuncia textualmente la fórmula propuesta por Aarnio para justificar la razonabilidad de las decisiones de los operadores jurídicos (dentro de dicha categoría los funcionarios administrativos). Dicha propuesta es la que consideramos acertada para describir la situación del servidor público a la hora de expedir actos administrativos discrecionales, o aquellos amparados en normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, a través de la cual se logrará una mayor legitimidad de la decisión en la comunidad jurídica destinataria de la medida. Su tenor es el siguiente:

“(…) Supongamos que la comunidad C, está constituida sólo por miembros que respetan los principios de racionalidad –D y que hay más de dos miembros. Supongamos también que los miembros cumplen criterios adicionales sobre la base de los cuales podemos decir que esta comunidad es una comunidad jurídica. En virtud de los análisis precedentes, podemos decir que la comunidad es una audiencia ideal. La mayoría de los miembros acepta el sistema de valores V. Son estos miembros quienes forman una parte particular de la audiencia ideal (...) Supongamos además que dos científicos, A y B, pertenecen a la comunidad C, es decir, ambos respetan los principios de la racionalidad –D. Son personas que razonan sensatamente. El científico A presenta un punto de vista P1, según el cual la norma N es válida en la comunidad C. El otro científico, a su vez, sostiene el punto de vista P2 que contiene la norma M (que no es idéntica a N). P1 está de acuerdo con el sistema de valores V y P2 con el sistema de valores U (...) Si, sobre la base de razones jurídicas (G,D) y sobre la base del sistema de valores V, la mayoría de los miembros de C podría aceptar P1, ella es racionalmente aceptable en C. Es aceptable por parte de la mayoría de aquellos miembros de la comunidad que aceptan los principios de racionalidad –D y, al mismo tiempo, respetan el sistema de valores V. En este sentido, podemos decir que el punto de vista del científico A tiene mayor peso en C que el del científico B. La mayoría de los miembros de C razonan racionalmente y respetan el sistema de valores V llegarían a la misma conclusión que A. Por otra parte, las opiniones del científico B son compartidas sólo por la mayoría de C. (...) Sobre la base de estas condiciones, podemos derivar el siguiente principio regulativo: R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente (“aceptabilidad racional”).<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Aarnio Aulis. *Op. cit.* pág. 286

Culmina el profesor su disertación sobre la aceptabilidad de un enunciado interpretativo, expresando que un funcionario puede tomar una decisión en un caso si posee la información básica y apropiada acerca del ordenamiento jurídico; pero en todo caso, la expectativa de certeza jurídica quedará plenamente satisfecha de verificarse las siguientes condiciones: “(...) a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal; b) el discurso procede de manera racional y; c) la decisión satisface el código de valores dominante (...)”.<sup>33</sup> De todo lo anterior se sigue que la aceptabilidad racional no es meramente un ideal abstracto sino un principio válido y efectivo que funciona en la práctica cotidiana. Es una guía para el decisor y para el jurista, que le permite encontrar la interpretación más adecuada, aunque no la única o definitiva.

### De la discrecionalidad administrativa

Hasta este punto se ha señalado lo que pueden constituir condiciones a partir de las cuales es considerada racional la decisión adoptada por el administrador público; asimismo, se ha indicado sobre la base de qué criterios esa decisión, siendo racional, puede estar justificada y ser aceptada como plausible por sus destinatarios. Se pudo apreciar entonces que la decisión racional se corresponde con el respeto a los requerimientos de la lógica interna de la decisión, esbozada por la dogmática jurídica como el respeto a las fuentes válidas del derecho en un determinado ordenamiento o sistema jurídico; mientras que, en cuanto tiene que ver con la justificación de la decisión, se pudo precisar que dicho aspecto entraña el carácter razonable que debe revestir. En este último sentido quedó claro que la razonabilidad hace referencia al resultado final de la argumentación, de acuerdo con la cual aquella debe ser el producto de la elección, en espacios francos de regulación positiva, de la alternativa que mejor garantice el respeto por los valores generalmente aceptados por una comunidad jurídica.

No obstante el anterior entendimiento, la razonabilidad aquí enunciada, apreciada desde una óptica axiológica cognoscitiva, no apela a cualquier clase de argumento moral para justificar decisiones últimas; es decir, aunque la decisión final, resultado de la elección entre varias alternativas plausibles de ser aplicadas en un caso concreto y problemático (conceptos jurídicos indeterminados) o de la aplicación de una noción determinada de interés general, o bien común (discrecionalidad administrativa); dicha decisión no estará fincada en cualquier clase de valores, la misma deberá respetar los valores superiores consagrados en la Constitución Política, que en nuestro caso particular son: la dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad y la solidaridad.

Pues bien, teniendo en cuenta el anterior punto de arriba, los ámbitos decisorios materia de análisis son, por un lado, el acto administrativo discrecional y, por el otro, aquel que, siendo relativamente reglado, se deriva de conceptos jurídicos

<sup>33</sup> Aarnio Aulis. *Ibidem*. pág. 288

indeterminados, que, por su misma indefinición, necesariamente deben ser interpretados por el administrador que ha de asumir la decisión.

En el primer evento (discrecionalidad administrativa), nuestro ordenamiento jurídico no consagró una definición expresa de tal noción; no obstante lo cual, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo prescribió la forma en que dicha potestad debe ser ejercida por la autoridad respectiva. Al respecto estableció que: “(...) En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” Dicha disposición establece límites para el ejercicio de tales prerrogativas por parte del servidor público habilitado; sin embargo, es claro que las restricciones impuestas en la misma versan sobre los fines que debe perseguir la autoridad con su ejercicio, el cual debe corresponderse con la norma habilitante; además, establece una limitación en cuanto a la proporcionalidad en el análisis de los hechos que le sirven de causa. En el primer caso, como ya se vio, será un presupuesto controlable a través de la técnica de la desviación de poder, mientras que, en el segundo evento, la norma hace referencia al control mediante el análisis de los hechos determinantes y de los principios generales del derecho.

No obstante el deficitario desarrollo legal de la figura de la discrecionalidad administrativa, nuestra Corte Constitucional y el Consejo de Estado han dado diversas definiciones sobre ésta; analizándola unas veces a partir de una concepción formal o negativa,<sup>34</sup> o, en otros pronunciamientos, entendiéndola desde su acepción material o positiva, esto es, como la existencia de un poder para

---

<sup>34</sup> Según esta particular forma de entender la discrecionalidad administrativa ella opera en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico y más concretamente en la ley habilitante de la potestad discrecional un vacío de regulación que debe ser llenado con criterios de oportunidad, económicos, sociales, entre otros. A esta dirección apunta la sentencia de constitucionalidad C-525 de 1995 de la Corte Constitucional, a través de la cual sentenció: “(...) puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que le fija la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no esté previamente determinada en la ley. A contrario sensu hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas (...)” En: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de Constitucionalidad C-525 de 1995*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Por su parte, el Consejo de Estado ha hecho lo propio en los siguientes términos: “(...) cuando existe poder discrecional, la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que la ejercerá, le deja juzgar, apreciar, medir, pensar la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza. Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser arbitrario o ha podido ser dictado con desviación de poder. En: Consejo de Estado, Sección Segunda 19 de octubre de 1993, *Expediente número 4883*. Magistrado Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

completar los supuestos de hecho establecidos en la norma habilitante, a través de criterios de oportunidad, económicos, técnicos o políticos.

Ha sido la jurisprudencia de nuestras altas cortes la que ha decantado la última acepción (material), al analizar dicha figura como la habilitación extendida al órgano administrativo para completar el supuesto de hecho de la norma que establece la prerrogativa.<sup>35</sup> Ello a través de una elección política o de oportunidad que le permite apreciar y elegir entre varias alternativas plausibles de interés general o de bien común, que no simplemente como la posibilidad de elección entre espacios francos de regulación legal como lo establece la concepción negativa.

Ahora bien, la clasificación enunciada, de acuerdo al criterio adoptado para analizar el fenómeno de la discrecionalidad administrativa ha inducido a identificar elementos comunes a tales definiciones. Así, por ejemplo, es claro que en uno y otro caso (adopción de criterios formales o materiales) es necesario apelar a juicios electivos del servidor público que ostenta la potestad administrativa; igualmente, dichos juicios electivos deben estar basados, en últimas, en criterios de oportunidad, políticos, económicos, técnicos y hasta morales. Se trata, como ya se ha dicho, de la elección con base en indiferentes jurídicos, pero no cualquier clase de elección, pues el margen de posibilidad está supeditado en todo caso a criterios de racionalidad y razonabilidad; es decir, aún reconociendo un ámbito franco de regulación de las fuentes formales de derecho, la determinación así adoptada debe respetar los principios generales del derecho en general y del derecho

---

<sup>35</sup> El Consejo de Estado ha hecho lo propio a través de *sentencia del 18 de febrero de 1997*, mediante la cual resolvió una impugnación presentada por la sociedad Apuestas Madrid y Cía. Ltda. contra las resoluciones de la Beneficencia Departamental del Quindío, por medio de las cuales se le negó a esta empresa la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes del Departamento del Quindío para el año de 1987. El tenor literal de dicha determinación fue el siguiente: “(...) En efecto, si el lleno de los requisitos establecidos en los artículos 26 y 27 del Decreto 33 de 1984 no configura el surgimiento de un derecho, sino la existencia de una mera expectativa cuya concreción se halla sujeta a consideraciones en torno al interés público, propias del resorte de la administración, mal puede pretenderse erigir tales consideraciones en requisitos adicionales a los establecidos en la ley para conformar así una supuesta intromisión en las competencias del órgano legislativo o en las del Gobierno Nacional (...) La adjudicación de una licitación, si bien es un acto reglado no está exenta de cierta dosis de discrecionalidad. Y es reglado porque la Administración se tiene que ajustar para hacerla a una serie de requisitos previos, impuestos por la ley de contratación pública. Requisitos que una vez reunidos deben evaluarse en su conjunto para lograr la definición de lo que para la entidad pública constituye ‘la mejor propuesta’ (...) Y es en este extremo en el cual juega la discrecionalidad administrativa, por la dosis de conveniencia para los intereses generales que entran en juego (...) Y este factor es precisamente el que debe desvirtuar el licitante vencido que aspira a obtener éxito en la contienda jurisdiccional frente a los otros proponentes calificados. Desvirtuación que no es fácil y que no puede limitarse a simples afirmaciones, sino que debe tener su apoyo en pruebas legalmente incorporadas al proceso que evidencia la apreciación errónea de la administración (...)” En: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera. *Sentencia del 8 de febrero de 1991, expediente 1099*. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

administrativo en particular, el fin que justifica la decisión, de acuerdo con la norma habilitante, la sistematicidad del ordenamiento y debe, además, basarse en las expectativas legítimas de los asociados fundada en los valores constitucionales.

En todo caso, una decisión discrecional adoptada en forma tal que se respete los parámetros ya vistos (racionalidad y razonabilidad), mal podría calificarse peyorativamente como “*El caballo de Troya*” del Estado de Derecho y, por el contrario, la misma debe ser vista como una autorización para que la administración pueda concretar el interés general en el caso particular entre diferentes alternativas posibles; por lo tanto, ha de ser estimada como una herramienta necesaria para que la actividad de la administración pueda ajustarse, con la ductilidad, flexibilidad y eficacia necesarias para cumplir con los requerimientos que le exige la sociedad a la cual le sirve.<sup>36</sup>

### De los conceptos jurídicos indeterminados

Los conceptos jurídicos indeterminados representan un mecanismo de aplicación del derecho a los casos particulares; se les ha considerado, esencialmente, como un problema de interpretación jurídica y, por tanto, cognoscitivo. Su ámbito de operancia se ha extendido tanto al derecho privado como al derecho público y, sin duda, se constituyen en una valiosa herramienta para la adaptabilidad de las normas jurídicas que los contienen a los cambiantes contextos sociales en los cuales deben aplicarse. Por ello, más que analizárseles como desviaciones de la capacidad reguladora del poder legislativo, aunque pueden ser consecuencia de

---

<sup>36</sup> Siguiendo al profesor español Miguel Sánchez Morón, hemos de considerar que el ejercicio de las potestades discrecionales no puede catalogarse como un proceso lógico íntegramente constituido por razonamientos jurídicos, sino que dentro de él tienen lugar valoraciones políticas o técnicas que involucran un componente volitivo, de manera que puedan darse varias soluciones igualmente lícitas en Derecho. Para el jurista español, la discrecionalidad administrativa, así entendida, se constituye en auténtica fuente del derecho administrativo, puesto que, a través de ella los órganos más altos de la administración pública pueden crear normas, pueden crear situaciones jurídicas solamente consultando los mínimos supuestos reglados de la potestad discrecional, y fundamentalmente, cuestiones de oportunidad o conveniencia. Según su parecer, cuando la administración hace uso del poder discrecional ejerce una capacidad creadora y configurativa del ordenamiento administrativo; reconoce, además, que dicha posibilidad también se avizora tratándose de actos administrativos relativamente reglados que contienen conceptos jurídicos indeterminados. Su posición sobre lo dicho anteriormente es la siguiente: “(...) la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos, económicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adoptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia, bien para optar entre una u otra soluciones posibles cuando la terea de gobernar o de administrar impone una decisión (...)” (subrayadas nuestras). En: Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, Madrid. pág. 114

ello, han sido utilizados como verdaderas herramientas de evolución del ordenamiento, a través de la interpretación contextual. Su utilidad en el derecho administrativo es innegable, teniendo en cuenta la cada vez más recurrente difuminación de la labor legislativa y administrativa, a raíz de la asunción de roles de regulación y empresariales del estado benefactor y del poder ejecutivo; como ejemplo de ellos pueden enunciarse los siguientes: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia manifiesta, circunstancias excepcionales, orden público, buena fe, diligencia, entre otras.

En la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados la ley no fija, unívocamente, la forma en que deben ser entendidos; de modo que éstos deben ser aplicados acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según sea la naturaleza del concepto. En ambos casos es posible encontrar un núcleo fijo del concepto que lo identifica y otro que generalmente se ha denominado zona de penumbra y que genera la indeterminación a la hora de su aplicabilidad. La doctrina ha sido convergente en aceptar que, en cuanto tiene que ver con la zona de penumbra del concepto jurídico indeterminado, es necesario reconocer un cierto *margen de apreciación* en el servidor que ha de decidir; sin embargo, las diferencias surgen al momento de analizar los efectos justiciables de ese margen de apreciación y sí, en todo caso, es posible siempre identificar una única respuesta correcta para su adecuada aplicación.

Según el maestro Eduardo García de Enterría, lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a la discrecionalidad administrativa, estaría representado en la forma de su aplicación, ya que en el concepto jurídico indeterminado habrá siempre una única forma válida de interpretación; mientras que, la discrecionalidad administrativa se caracteriza por la pluralidad de soluciones justas pasibles de ser aplicadas sin que ello implique el quebrantamiento del principio de legalidad (indiferentes jurídicos). El concepto jurídico indeterminado, al no ser aplicado en los términos que prescribe la norma que lo contiene, entraña una violación al ordenamiento jurídico, deviene en ilegal y es pasible de ser anulado. Así lo ha expuesto el autor en comentario:

“(…) Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de la facultades discrecionales(…)” (subrayado nuestro)<sup>37</sup>

<sup>37</sup> García de Enterría, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A., Madrid. pág. 38. En esa misma obra el jurista español, con el fin de clarificar su posición, plantea el ejemplo del concepto jurídico indeterminado “*casa ruinoso*” y asevera que, ante una casa determinada, no cabe más que una solución justa: la casa es ruinoso o no es ruinoso. Es claro para él que esa determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un

Nuestra Corte Constitucional, siguiendo la doctrina explicitada del tratadista español, ha sostenido que en el ordenamiento jurídico colombiano, los conceptos jurídicos indeterminados no abren espacios de discrecionalidad al operador jurídico, pues siempre puede rastrearse en ellos una solución única que arroja el mismo ordenamiento. Será entonces una labor hermenéutica del operador jurídico (juez o administrador) tendiente a desentrañar el sentido que el propio sistema le asigna al concepto en cuestión. Este especial carácter adquiere una relevancia inusitada tratándose de conceptos jurídicos indeterminados que puedan abrigar el quebrantamiento de derechos fundamentales, pues, en tales hipótesis, será necesario precisarlos o determinarlos a la luz de las normas constitucionales y legales que mejor se compatibilicen con el derecho fundamental respectivo. En este sentido se encuentra la sentencia T-706 de 1996:

“(…) Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiéndose por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales (...)” (subrayados nuestros)<sup>38</sup>

---

problema de aplicación de la Ley en un caso concreto. Esta posición es reiterada por nuestro autor en los siguientes términos: “(...) La indeterminación del enunciado (de los conceptos jurídicos indeterminados) no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso; a la que se llega mediante una actividad de cognición objetivable por tanto, y no de volición (...)” Ver: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. *Op. cit.* pág. 457. A nuestro juicio, el error del maestro español en el ejemplo citado radica en su punto de partida, pues la disyuntiva del todo o nada de lo que es considerado finalmente como una *casa ruinosa*, es el punto de arribo del proceso de interpretación o, en todo caso de decisión, pues, naturalmente que, una vez realizado el razonamiento tendrá que claudicarse en uno u otro sentido: es o no ruinosa; sin embargo, previamente se debió establecer los criterios técnicos a partir de los cuales se ha de determinar si una estructura o edificación reviste peligro por su estado ruinoso. Teniendo en cuenta lo anterior el ámbito de decisión del servidor será amplio o restringido (en todo caso una cuestión de grados) en la medida en que los criterios técnicos estén fijados por la norma o por parámetros objetivados o estandarizados, que deban ser aplicados en el proceso de aplicación de la disposición de que se trata. El resultado final será una consecuencia de ese proceso previo; lo que no obsta, para que, en todo caso, la jurisdicción contenciosa pueda establecer la justiciabilidad de los criterios aplicados.

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-706 de 1996*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta Sentencia, la Corte encontró que se vulneraban los derechos constitucionales de los reclusos cuando al amparo de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos de carácter reglamentario se les impedía la difusión dentro del penal de informaciones legítimas dentro de un orden democrático. Igualmente, a través de reciente pronunciamiento, el

Siguiendo este parámetro, mediante sentencia C-818 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 05 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), en cuanto hace referencia a la tipología abierta de los tipos disciplinarios y a la posibilidad de hacer reproches disciplinarios a los servidores del Estado con fundamento en principios vertidos en faltas disciplinarias (en el caso en comento se trataba de normas contractuales), sobre el caso particular que nos ocupa sentenció:

“(…) Dentro de la categoría de ‘conceptos jurídicos indeterminados’, se incluyen aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Dichos conceptos lejos de permitir a su intérprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión. Al respecto, en sentencia C-371 de 2002, esta Corporación al pronunciarse acerca de la constitucionalidad condicionada de la expresión ‘buena conducta’, prevista la Ley 600 de 2000, como requisito para acceder a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, manifestó: Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre, tienen aplicación en el campo disciplinario, en materia crediticia, en asuntos laborales, en los establecimientos educativos, en los centros penitenciarios, en relación con obligaciones tales como las alimentarias, etc. Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a ‘una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado (...)’<sup>39</sup>

---

máximo tribunal constitucional declaró inexecutable el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 del 05 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), que establece como prohibición para los servidores públicos: “(…) *Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral y las buenas costumbres (...)*”. Según el pronunciamiento, las nociones de moral y buenas costumbres entrañan conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación semántica, por su amplitud, se hace imposible, lo cual puede general una violación al derecho de defensa del servidor cuestionado. Ver: Corte Constitucional. *Sentencia C-467 de 2009*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

<sup>39</sup> Corte Constitucional. *Sentencia C-818 de 2005*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Esta posición se rastrea, igualmente, en la jurisprudencia del Consejo de Estado que, siguiendo al precitado profesor Eduardo García de Enterría, estableció que *los conceptos jurídicos indeterminados contienen mandatos unívocos que deben ser encontrados por el operador jurídico a la hora de aplicarlos*. Así, se refirió al analizar el artículo 27 del antiguo Decreto 150 de 1976, “Estatuto de Normas para la Celebración de contratos por parte de la Nación y de sus entidades descentralizadas”, de acuerdo con el cual la ley podía subordinar el perfeccionamiento del contrato a la aprobación de un organismo o autoridad superior, que podía aprobarlo o improbarlo por encontrarlo bien ilegal, o bien “inconveniente”. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. *Sentencia del 24 de noviembre de 1988, Expediente 3182*. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Dicha pretensión, por muy saludable que ella sea en un Estado de Derecho Democrático, no puede sino ser considerada como ficticia e insostenible, pues es inevitable reconocer algún grado de discrecionalidad del servidor a la hora de hacer aplicación de esta categoría jurídica. Esta situación se pone de relieve si se tiene en cuenta que es la misma doctrina que defiende esta postura, la que acepta la existencia de cierto “*margen de apreciación*” en la aplicación de tales conceptos.

Sin embargo, esta legítima pretensión limitadora de las potestades administrativas debe operar, si se quiere, como un principio regulativo del razonamiento jurídico, lo que, en modo alguno, significa que siempre deba hallarse la respuesta correcta para el problema planteado; lo importante será encontrar una solución aceptable para el ordenamiento en su conjunto. Nótese bien la evidente contradicción en que incurre la doctrina mayoritaria al tratar de vincular la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados con la única solución correcta: se parte de reconocer la existencia de cierto *margen de apreciación* (más o menos extenso, dependiendo de la vaguedad del concepto y del contexto) en cabeza del operador jurídico; sin embargo, se niega la posibilidad de varias alternativas plausibles de elección, pues, utilizando un proceso lógico-deductivo, a través de la subsunción, se debe arribar a una solución apropiada. Lo anterior sin tener en cuenta que en la zona de incertidumbre no existe premisa mayor –fijada en la norma– bajo la cual se pueda subsumir la premisa menor –caso particular a resolver–, por lo cual el proceso de aplicación de dicho concepto no puede obedecer a un juicio silogístico simplemente, pero sí de justificación; razón que induce a la aplicación de criterios extrajurídicos y razonables –que no contrarios a derecho–, actuando en aplicación de criterios valorativos.

Pero la crítica más contundente a la posición que se analiza está referida a la siguiente consideración: se ha dicho que ésta parte, igualmente, de una premisa incorrecta, y es creer que el significado de todo concepto se expresa siempre mediante reglas semánticas que remiten a condiciones a la vez suficientes y necesarias (y no sólo suficientes) para su aplicación (positiva) o inaplicación (negativa). La concurrencia de este tipo de condiciones –suficientes y necesarias– solo se da realmente tratándose de conceptos determinados, en los que la negación de la condición para su aplicación equivale automáticamente a la condición para su inaplicación, verbigracia la mayoría de edad, pues ella sólo se da a los 18 años, no antes, y ello excluye la zona de vaguedad; no obstante, no ocurre lo mismo con los conceptos indeterminados, para cuya aplicación o inaplicación basta con que se den condiciones solo suficientes, por lo que la negación de la condición para su puesta en práctica no es automáticamente la condición para su inaplicación.<sup>40</sup>

Ahora bien, si la preocupación de la vertiente doctrinaria que defiende la univocidad de la solución correcta, en tratándose de conceptos jurídicos

<sup>40</sup> Bacigalupo, M. (1997). *La Discrecionalidad Administrativa*. Citado por Marín Sánchez, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. pág. 240

indeterminados, es la posibilidad del control judicial sobre su aplicación, se puede contestar a dicha objeción manifestando, como lo hace el profesor Miguel Sánchez Morón, que dicho control se compatibiliza con el respeto de un margen de apreciación para que precise el contenido del concepto en el caso concreto y, como éste lo expresó textualmente:

*“(...) si se admite que existe ese margen de apreciación, quiere decirse que la administración puede llevar a cabo aplicaciones distintas del concepto que serían igualmente lícitas, lo que pone en cuestión que exista una sola solución jurídicamente aceptable... el problema real se reduce a determinar quien declara cuál es la solución que ha de estimarse no ya la justa y verdadera, sino simplemente la solución conveniente (o más conveniente) entre las válidas en derecho (...)”.*<sup>41</sup>

El citado profesor Sánchez Morón expone que el concepto jurídico indeterminado puede dar lugar, aunque en menor grado que la discrecionalidad propiamente dicha, a varias soluciones jurídicamente aceptables; siendo ello así en realidad se está ejerciendo una potestad discrecional, por lo tanto la administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo. Lo que ocurre - según su parecer- es que el grado de discrecionalidad será en este supuesto menor que en otros, dado que el proceso administrativo de valoración se halla condicionado y restringido por el núcleo del propio concepto indeterminado.<sup>42 43</sup>

Se tiene entonces que, la consecuencia de la instauración del Estado Social de Derecho, además de las características propias del lenguaje jurídico, el administrador público, a la hora de expedir actos administrativos discrecionales, es depositario de una función creadora del derecho y, por tanto, su voluntad plasmada en el respectivo acto no se limita simplemente a integrar vacíos del ordenamiento, sino que, al aplicar criterios de oportunidad, económicos, políticos, técnicos y hasta morales, su elección se convierte en una fuente normativa. Igual

---

<sup>41</sup> Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, Madrid. págs. 117-119.

<sup>42</sup> *Ibidem*. pág. 120

<sup>43</sup> De este parecer es el Consejero de Estado colombiano Hugo Alberto Marín Hernández, para quien es de especial trascendencia abordar en su trabajo la noción de interés público como una noción medular a la de discrecionalidad administrativa y de conceptos jurídicos indeterminados. Su posición es la siguiente: “(...) de acuerdo con todo lo expuesto, parece que no es acertado pretender que el concepto de interés público reduce en última instancia la discrecionalidad administrativa a supuestos completamente reglados, sino, mejor, afirmar que dicha noción -la de interés público- opera como límite negativo del ejercicio de facultades discrecionales, toda vez que tiene la virtualidad de excluir del abanico de posibilidades a contemplar por la administración al momento de decidir, aquellas que resultan arbitrarias, ilógicas o irrazonables. Ésta, que es la conclusión a la que llega la gran mayoría, se nos antoja la más apropiada (...) nuestro acuerdo con la referida posición obedece a que configura la noción de interés público como una importante herramienta para el control judicial de la discrecionalidad administrativa, sin que ello suponga un detrimento de la esencia que justifica la existencia de la misma (...)”. En: Marín Sánchez, Hugo Alberto. *Op. cit.* pág. 267

situación se pregona de la decisión administrativa en virtud de la cual se expiden actos administrativos relativamente reglados que se derivan de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. En esta hipótesis el administrador se ve expuesto, aunque de manera distinta, si se quiere menos amplia, a las mismas vicisitudes del juez de la república, ya que se convierte en un intérprete autorizado del derecho válido, y, en virtud de ello, se ve abocado a hacer juicios electivos con fundamento en criterios extrajurídicos, aunque, en modo alguno, contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En ambos casos el servidor público se ve enfrentado a una realidad inevitable para el derecho, sobre todo en un Estado Social de Derecho como el nuestro, que consiste en la realización de juicios electivos –capacidad volitiva–, con fundamento en criterios de oportunidad, económicos, políticos, técnicos y hasta morales. El margen de discrecionalidad que se presenta en ambas hipótesis es el resultado, en el primer caso, de la facultad que el legislador o el constituyente otorga al servidor para completar el supuesto normativo y para determinar la noción de interés general que ha de primar en la situación particular y concreta –potestad discrecional–; mientras que, en el segundo evento –interpretación de conceptos jurídicos indeterminados–, la habilitación para elegir le viene dada por virtud de la existencia de una zona de penumbra susceptible de ser dilucidada a través de dos o más alternativas razonables de elección –margen de apreciación–, sometidas igualmente a las precitadas exigencias de racionalidad y de aceptabilidad de su contenido.

Se tiene así que, el margen de apreciación discrecional de que es depositario el administrador al verse enfrentado a las dos hipótesis referidas, implica para éste que su elección final deba serlo en términos racionales; de tal suerte que, en el proceso de formación y expedición del acto administrativo, deberá respetar las fuentes válidas de derecho operante en el respectivo sistema; asimismo, éstas deberán estar debidamente categorizadas y priorizadas. Con ello se logrará que la decisión final respete la precondition de coherencia interna y los postulados de la lógica formal. Esto último se obtendrá si se obedecen los elementos reglados de la norma habilitante: competencia, extensión de la misma, fin y veracidad de los hechos determinantes; además de lo cual, si la decisión está acorde con los principios generales del derecho y del derecho administrativo en particular.

Ahora bien, esa misma decisión racional, deberá ser, igualmente, aceptable o razonable. Este supuesto se verá satisfecho en la medida en que, agotadas las exigencias de los parámetros de legalidad y racionalidad, no obstante continúe existiendo varias alternativas plausibles de elección de interés general o bien común (potestad discrecional) o subsista la indefinición en la zona de penumbra del concepto jurídico indeterminado (actos relativamente reglados), y el administrador, en tales eventos, opte por aquella alternativa que respete, en sus justas proporciones, los valores consagrados en el ordenamiento constitucional,

que para nuestro caso son los siguientes: libertad, igualdad, justicia, dignidad humana y solidaridad. Pero, además, para que la elección de que se trata goce de mayor aceptabilidad en el contexto de una comunidad jurídica que razona racionalmente, debe propender porque la misma se acompase con el anhelo mayoritario.

## Referencias bibliográficas

Aarnio, Aulis (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. DOXA número 8. Cuadernos de Filosofía del Derecho. [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA.1990](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA.1990).

\_\_\_\_\_ (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Garzón Valdés E. (Trad.) Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alexy, Robert (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción Manuel Ateienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bernal Pulido, Carlos (2005). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (España).

Chinchilla Marín, Carmen (1999). *La Desviación de Poder*. Editorial Thompson Civitas, Madrid.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia del 21 de mayo de 2002*. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. Ref. # 0042-01 PI-039.

\_\_\_\_\_, Sala de Consulta y del Servicio Civil. *Concepto No 898 de 1996*. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar.

\_\_\_\_\_, Sección Segunda 19 de octubre de 1993. *Expediente número 4883*. Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

\_\_\_\_\_, *Sentencia del 18 de octubre de 2001, radicado número 6688*. Consejero Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

\_\_\_\_\_, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. *Sentencia del 8 de febrero de 1991, expediente 1099*. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

\_\_\_\_\_, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. *Sentencia del 24 de noviembre de 1988, Expediente 3182*. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

\_\_\_\_\_, Sección Primera. *Acción de Nulidad y Restablecimiento. Radicado 11001-03-24-000-2002-00162-01(7942) del 07 de abril de 2005*. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. *Sentencia C-467 de 2009*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

\_\_\_\_\_ *Sentencia de Tutela T-706 de 1996*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_ *Sentencia de Constitucionalidad C-818 de 2005*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Desdentado Daroca, Eva (1994). *Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 82.

\_\_\_\_\_ (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Civitas, Madrid.

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón (2000). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Editorial Civitas, Madrid.

García de Enterría, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A., Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta 2003.

Hart, Herbert (1980). *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. Garrido. México, Editorial Nacional.

Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, Madrid.

### Sitios web consultados

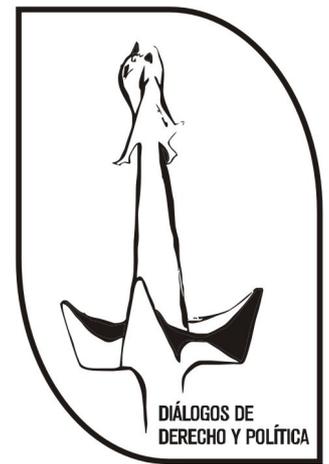
<http://www.procuraduria.gov.co>

<http://www.ramajudicial.gov.co>

<http://www.banrepublica.gov.co>

<http://www.ministeriorjusticia.gov.co>

<http://www.contraloriageneral.gov.co>



---

# El papel del juez en el denominado sistema penal acusatorio: una perspectiva crítica desde el juzgamiento de los delitos sexuales cometidos contra menores

**Juan Pablo Uribe Barrera**

Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia. Correo Electrónico:  
[juan\\_pablo\\_uribe@hotmail.com](mailto:juan_pablo_uribe@hotmail.com)

## Resumen

En el presente artículo se podrán encontrar estudios de los fallos de la Corte Suprema de Justicia relacionados con el procesamiento de delitos sexuales en donde son víctimas los menores. El lector encontrará que cada uno de los análisis realizados a las sentencias del alto tribunal en el referido tipo de casos, es un elemento más que resulta aprovechable para ampliar las bases de una discusión acerca de la verdadera naturaleza acusatoria del actual sistema de procesamiento penal colombiano.

**Palabras clave:** Proceso penal, sistema acusatorio, delitos sexuales contra menores, sistema inquisitivo.

## El papel del juez en el denominado sistema penal acusatorio: una perspectiva crítica desde el juzgamiento de los delitos sexuales cometidos contra menores\*

### Introducción

Desde que se originara el nuevo Código de Procedimiento Penal en Colombia se han abierto grandes discusiones entre amplios sectores oficiales que denominan al nuestro un “sistema penal acusatorio” o, inclusive, “un sistema penal acusatorio a la colombiana”<sup>1</sup> y otros de naturaleza más crítica que no han aceptado que este sistema sea acusatorio. El siguiente artículo pretende alimentar esta discusión acercando algunos casos concretos en donde se puede ver qué tan cerca se encuentra el juez colombiano de aproximarse a la figura o rol del juzgador en un sistema acusatorio. Con tal fin, se añadirán al catálogo del tema algunos estudios sobre casos específicos de procesamientos penales en que son víctimas de violencia sexual los menores en los cuales el juez debe tomar decisiones que lo acercan tendencialmente a un bando o a otro, a un sistema inquisitivo o a un procedimiento penal acusatorio. Para el desarrollo del artículo se presentarán varias miradas que irán abordando el tema desde lo general hacia lo específico, de tal suerte que permitan estudiar no sólo procesos aislados sino la visión de un amplio panorama de lo que actualmente ocurre en los procedimientos penales donde los menores son víctimas de violencia sexual.

### Contexto: la dramatización de la violencia

La Constitución Política de Colombia señala que los derechos de los niños son prevalentes sobre los de los demás. Así mismo, entre sus fines más esenciales, centra la protección de los menores, en tanto ellos son el “futuro de la patria”. El derecho penal sanciona de manera especialmente drástica los comportamientos sexuales abusivos, más aún cuando éstos van dirigidos hacia menores. Otros mecanismos de control que tienen la capacidad de establecer marcos de significación a determinadas conductas sociales, tales como la escuela o la religión, mandan constantes mensajes acerca del inmenso daño que se genera en la sociedad con las conductas sexuales abusivas contra los menores.<sup>2</sup> De lo anterior se

---

\* El presente artículo resulta del trabajo de grado denominado “*La inversión de la carga de la prueba en el proceso penal realizado a Julio Cesar Palacio por el delito de incesto en conexidad con acceso carnal violento agravado. Estudio de un caso*” presentado por el autor para optar al título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> Sobre esta expresión ver un amplio desarrollo en: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C 591 de 2005*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Junio de 2005. Bogotá.

<sup>2</sup> Es importante aclarar que la concepción de un derecho penal como mecanismo de control social responde a una concepción moderna del mismo, la crítica de este concepto se puede ver ampliamente en Hassemmer, Winfried (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ed. Ad-Hoc, segunda edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires. pág. 59

observa que no sea extraña una reacción drástica de la sociedad ante los comportamientos de personas que abusan sexualmente de menores. Sin embargo, se pretende exponer a continuación, más con ejemplos que con recorridos exhaustivos de orden, algunos hechos que han influido en la forma como se observan estos comportamientos y se reacciona contra ellos, esto es, la forma como se ha dramatizado el problema:

1. A pesar de no ser el primer delito ocurrido en Colombia de esta naturaleza, el caso de Luis Alfredo Garavito Cubillos es el más recordado en nuestro país, no sólo por el hecho de que fueron asesinados 140 niños, según confesión del mismo autor, sino por la forma en que eran *violados, degollados y torturados*.<sup>3</sup>

A partir de este caso surgió una cobertura mediática que trascendió a la noticia misma de los hechos delictivos y es así que aún hoy se presentan programas, documentales y reportajes que discuten no sólo la gravedad de los hechos sino la condena y la probable libertad de Garavito. Fueron tantos los consensos que se generaron en Colombia a partir del repudio por las acciones de esta persona, que la mayoría de los ciudadanos, canalizados evidentemente por una prensa amarillista, exigió venganza contra “la bestia”.

El proceso penal que surgió contra Garavito fue de gran trascendencia pública, y ante la sed de venganza del pueblo colombiano se presentaron las garantías penales de todo acusado como un obstáculo hacia la verdadera justicia. La condena no satisfizo a casi ningún colombiano, y el sistema penal, integrado tanto por las leyes penales como por sus creadores y operadores, quedó ante la opinión pública como un mecanismo insuficiente que prefirió al acusado y no a los cientos de víctimas.

2. El 18 y 28 de Septiembre del año 2008 ocurrieron dos hechos que nuevamente exasperaron los ánimos del pueblo colombiano y sirvieron de termómetro para medir la tolerancia que los colombianos tenían frente a este tema. El primero de los casos fue el de Karen Manuela González Avendaño, de dos años de edad, quien luego de haber sido abandonada al lado de un camino de la vereda Pantanillo del Municipio de San Pedro de los Milagros, después de haber sido violada y herida con arma blanca, fue encontrada por uno de los vecinos “bañada en sangre y semidesnuda” muriendo en el Hospital San Vicente de Paúl de Medellín, horas más

---

<sup>3</sup> Fiscalía General de la Nación, Oficina de **Divulgación y Prensa** (2002). *172 niños víctimas de Luis Alfredo Garavito*. En: Informes especiales-Año 2002. Consultado el 20 de febrero del año 2009. Disponible en <http://www.Fiscalía.gov.co/pag/divulga/InfEsp/Garavito.htm>

tarde.<sup>4</sup> El impacto sobre la población del Municipio del norte antioqueño fue absoluto, y dado que el joven indiciado tenía apenas 16 años, la gente dudaba de la sanción punitiva que se le aplicaría, y por tanto, reaccionó contra el joven cuando éste ya había sido capturado por la Policía.

El intento de linchamiento hacia el adolescente dejó graves pérdidas para el Municipio, pues fue prácticamente destruida la Casa de la Cultura, donde se encuentran ubicados los juzgados a los que fue llevado el joven indiciado por el crimen.<sup>5</sup> En una de las notas publicadas por la prensa antioqueña se concluyó que “*Será duro luchar contra este sentimiento de venganza. Algo duro subyace en la sociedad sampedreña y sobre eso trabajan las autoridades.*”<sup>6</sup>

El segundo de los casos es el del niño *Luis Santiago Lozano*, quien fue secuestrado, asesinado y abandonado el 24 de septiembre de 2008 en el cerro Tíquiza ubicado en el departamento de Cundinamarca.<sup>7</sup> El pueblo colombiano se horrorizó después de enterarse que el crimen había sido perpetrado por su propio padre, y fue así como acudieron grandes cantidades de personas al sitio donde se realizarían las audiencias preliminares con el fin de recriminar la conducta. La prensa, por su parte, hizo una mucho más que amplia cobertura donde se pasaban las imágenes del pequeño Luis Santiago y se mostraba el dolor de la madre. El clamor popular no pasó desatendido por los sectores políticos quienes de inmediato reabrieron propuestas de cadena perpetua para afrontar esta clase de crímenes.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Ospina Zapata, Gustavo. *Junto a la tumba de Karen, San Pedro lloró de dolor*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 18 de Septiembre de 2008. Citado el 12 de noviembre del año 2008. Disponible en [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/junto\\_a\\_la\\_tumba\\_de\\_karen\\_san\\_pedro\\_lloro\\_de\\_dolor/junto\\_a\\_la\\_tumba\\_de\\_karen\\_san\\_pedro\\_lloro\\_de\\_dolor.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor.asp)

<sup>5</sup> Ospina Zapata, Gustavo. *Hay que calmar los ánimos en San Pedro*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 20 de Septiembre de 2008.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Veloza Cano, Héctor. *Asesinato de bebé Luis Santiago habría sido planeado por su padre desde hace más de 4 meses*. En: Diario El Tiempo. Bogotá 1 de octubre del 2008. Citado el 30 de noviembre de 2008. Disponible en [http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-01/asesinato-de-bebe-luis-santiago-habria-sido-planeado-por-su-padre-desde-hace-mas-de-4-meses\\_4576374-1](http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-01/asesinato-de-bebe-luis-santiago-habria-sido-planeado-por-su-padre-desde-hace-mas-de-4-meses_4576374-1)

<sup>8</sup> Al respecto: “La indignación por el asesinato del bebé Luis Santiago, inducido por su propio padre, se tomó ayer la reunión que el presidente Álvaro Uribe tuvo con miembros de su bancada y puso de nuevo sobre la mesa el viejo debate sobre la cadena perpetua. Esta vez, para violadores y asesinos de menores de 14 años. Hasta un conocido opositor de la medida, el presidente del Congreso, Hernán Andrade, dijo: “Así como están las cosas, hoy mismo votaría la cadena perpetua”. Tras la reunión con Uribe, convocada para temas distintos al asesinato del pequeño, varios congresistas salieron con el ímpetu de impulsar un proyecto por la cadena perpetua. Por ejemplo, el presidente del Partido Conservador, Efraín Cepeda, dijo que su colectividad trabajaría en ese sentido. Y el presidente de la Cámara, Germán Varón, aseguró que le propondría hoy a su bancada, la de Cambio Radical, un proyecto de acto legislativo. El crimen también terminó de llenar de razones al representante David Luna, que ha respaldado el referendo por la cadena perpetua para violadores de niños. “Ahora con mayor razón seguiremos insistiendo (...)”, dijo.” En: *ibidem*.

## El derecho penal eficiente como un efecto-reflejo de la violencia dramatizada

Como se ha pretendido exhibir en el anterior acápite, en Colombia han ocurrido ciertos hechos de violencia sexual contra menores que han sido difundidos por los medios de comunicación nacional con unos estados de alarma y de emergencia que han generado una movilización social en torno a una *dramatización de la violencia*.

Si bien desde las líneas precedentes se habían esbozado algunas de las consecuencias de la dramatización de la violencia, en este aparte se tratará de terminar el dibujo de la respuesta penal frente a una violencia sexual, no sólo explicando de manera genérica el asunto sino mostrando algunas de las normatividades que bajo esta lógica se han producido.

Cuando se dramatiza la violencia, casi de manera automática, se busca amparo en el derecho penal para que sea éste el que logre la reconducción de la sociedad hacia rumbos menos violentos. De esta manera, el derecho penal conducido por una opinión pública agitada debe salir a “bailar” con la violencia dramática que exhiben los medios y, para poder seguirle el paso a ésta, abandona su caparazón constitucional (integrado por las principales garantías) en búsqueda de convertirse en una herramienta eficiente de la sociedad para volver al camino perdido.

El derecho penal eficiente, sin embargo, no puede cumplir por su escaso arsenal de herramientas los fines de reconducción de la sociedad y, por el contrario, además del grave retroceso que en derechos humanos implica renunciar o menoscabar las garantías, la consecuencia más próxima a este proceso es:

(...) que estos ámbitos de derecho penal “eficiente” están permanentemente acompañados de “déficit de ejecución” específicos, reprochados por todos. De esto se siguen, nuevamente, dos cosas: el intento corto de vista de minimizar estos déficit con más agravaciones (*more of the same*), y un ámbito creciente de efectos meramente simbólicos del derecho penal: dado que no se pueden esperar los efectos reales y afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal.<sup>9</sup>

Las connotaciones del manejo dramático de la violencia son tales, que pueden canalizar los miedos de la sociedad en formas diversas de respuesta a la violencia, pudiéndose pasar así de turbas iracundas como en el caso del violador y asesino de Karen Manuela González a marchas como: Encendimos la luz perpetua y la Marcha contra el abuso sexual infantil, donde en mayor o menor medida se rinden homenajes a las víctimas, pero principalmente se hacen consensos apelando al lado

<sup>9</sup> Hassemer, Winfried (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ed. Ad-Hoc, segunda edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires. pág. 60

emocional en donde las palabras “lucha contra la impunidad y la indiferencia”, “hampón”, hacen que en palabras nuevamente de Winfried Hassemer:

Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces, este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Ésta es la hora de conceptos como “luchar”, “eliminar” o “represión”, en perjuicio de actitudes como “elaborar” o “vivir con”. Incluso, la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano”, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en “derecho penal del enemigo”.<sup>10</sup>

Habiendo ilustrado algunas de las generalidades de este tipo particular de política criminal, se realizará entonces un breve repaso de cómo ha influido este proceso de dramatización de la violencia y posterior utilización de un derecho penal eficiente y de enemigo en los principales actores y elementos del derecho penal.

### **El derecho penal eficiente bombardea el sistema penal**

En este acápite se tratará de explicar la forma puntual como el derecho ha respondido a la dramatización de la violencia sexual contra menores. Con el fin de adelantar tal tarea, debe precisarse que el sistema penal no está únicamente integrado por normas, sino que a su lado se encuentran los funcionarios que las crean y los que las operan. En un primer momento, se expondrán algunas de las normas pertenecientes a la catarata normativa con la que se ha respondido al abuso sexual de menores al mejor estilo del denominado derecho penal simbólico, y, en un segundo momento, se abordará el objetivo principal del trabajo estudiando la forma en que el juez penal responde al bombardeo del derecho penal eficiente frente a la violencia sexual hacia los menores.

### **Influencia sobre el derecho penal**

Para evitar salirse del objetivo principal de este artículo y evitar de paso extensas citas normativas, se procederá simplemente a nombrar las principales normas que se construyeron en esta lógica de utilizar el derecho como mecanismo de control social que recompusiera el camino perdido. Se introducirá a las mismas explicando brevemente sus objetivos o rasgos claves:

---

<sup>10</sup> *Ibidem.* pág. 52

- Ley 1098 de 2006, *por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*:<sup>11</sup> con esta norma, entre otras cosas, se quitan todos los beneficios, subrogados o mecanismos sustitutivos que estableciere la normatividad penal vigente cuando se incurriere en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa o los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.
- Ley 1146 de 2007, *por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*:<sup>12</sup> con esta norma, el Gobierno pretende situar en su agenda, y en la de los medios de comunicación, el tema de la violencia contra los menores para lograr que el país entero tome conciencia de la situación. Asimismo, se establece el deber que tiene todo ciudadano de denunciar cualquier abuso o maltrato a menores del que tenga conocimiento.
- Acuerdo 280 De 2007, *por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital*:<sup>13</sup> este

---

<sup>11</sup> Congreso de la República de Colombia. *Ley 1098 de 2006*. Pueden apreciarse algunas normas antes de esta norma que tienden a regular aspectos similares, sin embargo considero que es a partir de ésta que se consolida una política criminal con las tendencias señaladas. Entre las normas anteriores se destaca la Ley 679 de 2001, expedida por el Congreso de la República de Colombia.

<sup>12</sup> Congreso de la República de Colombia. *Ley 1146 de 2007*.

<sup>13</sup> Concejo de Bogotá. *Acuerdo número 280 de 2007*. Registro Distrital 3756 de mayo 08 de 2007. Si bien este acuerdo quedó sin vigencia por la inexequibilidad del inciso 2º del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, decretado en la sentencia C-061 de 30 de enero de 2008, vale la pena observar cómo se adoptaron medidas del tipo de derecho penal de enemigo. El autor Francisco Cifuentes comenta al respecto de este acuerdo municipal: “El concejo de Bogotá, aprobó un Acuerdo (280 de 2007) que ‘mejora’ la situación de los infelices violadores (o de los que se parezcan a ellos) y ha dispuesto la utilización de un gran número de muros (uno por cada localidad) de 10 metros cuadrados con fotografías tamaño pliego a todo color, en lugares públicos y de alto tráfico de transeúntes(sic) donde se fijaran a la usanza del lejano oeste americano cartelones con las fotos de los condenados. El Acuerdo ya está firmado y en vigencia. Me tiene crispado la sola lectura del proyecto, la justificación y los debates radiales. Yo sería mas audaz que la concejala Gilma Jiménez y convocaría a la apertura una licitación para que Panini o quien produzca los álbumes (sic) con las fotografías de los jugadores del mundial de fútbol tenga la licencia de explotación de este negocio y los niños se intercambien los figurines de las fotografías, a todo color, de los violadores en sus juegos infantiles, en procura de los premios para el que lograra llenar el álbum, o memorizara los nombres de los personajes ‘exaltados’, con lo que se lograría plenamente la justificación del proyecto de Acuerdo que busca ‘la felicidad a los niños’. Por el momento creo son 372 condenados por ese delito a pesar de que en solo Bogotá son violados 5 menores diariamente. Esta estúpida propuesta, agrava el problema en vez de mejorarlo. Primero, el programa no tiene otro mensaje que el de ‘manténgase a este delincuente fuera del alcance de los niños’, la comunidad no tiene otra directriz, no puede hacer nada, y recordar los rostros de los ‘afichados’ llevará a que al final no se sepa qué es lo que hay que hacer ni que fue lo hizo ni que quiere el gobierno distrital que se haga con ellos.(...) En tercer lugar, además de las consecuencias latentes de los linchamientos (...), se está sentando un precedente nefasto y es que existirá siempre la tentación para hacer extensivo el muro de los infames a otros

acuerdo, que se basa en la ley anteriormente citada, produjo los denominados “Muros de la Infamia”

- Ley 1236 de 2008, *por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*:<sup>14</sup> con esta norma se aumentan ostensiblemente las penas para los delitos de abuso sexual especialmente cuando la víctima es un menor.
- Proyecto de ley 22 de 2008:<sup>15</sup> mediante este proyecto se busca que mediante una serie de medidas las personas condenadas por delitos sexuales realizados a menores, o aún las procesadas, no tengan acceso directo al cuidado de menores. Dentro de las medidas tendientes a tal fin se encuentra la consolidación de bases de datos con los condenados por este tipo de delitos.
- Proyecto de Referendo para implementar la cadena perpetua.<sup>16</sup>

---

delitos.” En: Cifuentes, Francisco. *El Código de la infancia y la ignominia para los violadores de menores*. En: Red el Abedul. S.F. Consultado el 30 de marzo de 2009. Disponible en [http://www.elabedul.net/San\\_Alejo/2007/el\\_codigo\\_de\\_la\\_infancia\\_y.php](http://www.elabedul.net/San_Alejo/2007/el_codigo_de_la_infancia_y.php)

<sup>14</sup> Congreso de la República de Colombia. Ley 1236 de 2008. En diciembre 4 del mismo año se publicó en el Diario Oficial número 47.193 la ley 1257 del Congreso de la República de Colombia en la cual “se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.”

<sup>15</sup> Dado que no sólo existen leyes recientes promulgadas sobre la materia también debe hacerse un estudio de los proyectos de ley venideros pues estos tienen disposiciones que permiten identificar una clara tendencia de derecho penal eficientista y de enemigo. Ver: Congreso de la República de Colombia. *Proyecto de ley 22 de 2008*.

<sup>16</sup> El texto original del proyecto de ley es “*por medio del cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*”. Comité Promotor del Referendo para modificar el artículo 34 de la Constitución Política. Exposición de motivos. En: Página Web de la vocera del Comité Concejala Gilma Jiménez. 2009. S.L. Citado el 26 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.gilmajimenez.com/referendo.htm>. El trámite legislativo del proyecto ha sido el siguiente: “El referendo de cadena perpetua para violadores de niños fue aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes. Sin embargo, el texto de la iniciativa fue cambiado para que diga que los violadores de menores serán castigados “hasta con cadena perpetua”. Es decir que será la máxima pena y no la única como se pensó en la recolección de firmas.” *Aprueban en primer debate referendo de cadena perpetua para violadores*. En: El Espectador. Publicado el 23 de abril 2009. Citado el 29 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo137406-aprueban-primer-debate-referendo-de-cadena-perpetua-violadores>. Un comentario crítico respecto a esta iniciativa de reforma que además muestra la forma como se legisla: “La sensibilidad frente a un crimen tan execrable sobre una víctima absolutamente inofensiva como este niño de ojos resplandecientes, cuya mirada penetra los corazones más duros, es inevitable. Así como también el sentimiento de rabia y las ganas de poder actuar, de no cruzarse de brazos ante la inhumanidad de este acto. “¡Hienas!”, calificó a los acusados el Fiscal General de la Nación antes de advertir que la pena máxima de 60 años, sin posibilidad de rebajas, recaerá sobre ellos, mientras la mayoría del liderazgo político, al ritmo de las protestas y la sensibilidad ciudadanas, aprovechó para impulsar el referendo en curso que busca imponer la cadena perpetua a los autores de crímenes contra los

## Influencia sobre el derecho procesal penal

La implementación de penas más drásticas es sólo la mitad de los efectos de una política que quiere responder a una violencia altamente dramatizada, la otra mitad de este tipo de medidas la cumple el derecho procesal penal.

En el siguiente aparte se retomarán algunos conceptos, y se explicarán unos nuevos, para tratar de abordar la forma en que este particular tipo de decisiones influye en el derecho procesal. Previamente se elaborará un panorama del actual esquema de procesamiento penal que permita ver en qué punto se encuentra el procedimiento penal en Colombia.

## La eficiencia del sistema acusatorio a la colombiana

No cabe detenerse ampliamente en las características del sistema acusatorio americano que ha tenido una marcha triunfal por el mundo y que ha aterrizado en nuestro país. Ello porque ha sido objeto de amplios estudios que lo han descrito de manera suficiente,<sup>17</sup> por lo tanto, únicamente se partirá de la base de que éste

---

niños, otros cuantos a promover su trámite en el Congreso sin tener que acudir a un referendo y algunos más a hablar incluso de la imposición de la pena de muerte para salvajes de la calaña de Pelayo. Reconfortante, sin duda, que la indiferencia no sea la respuesta de la sociedad esta vez ante el asesinato de un niño. Ojala fuere igual la reacción ante tantos crímenes igual de atroces o peores que se suceden a diario en este país. Pero la altisonancia de los discursos y la celeridad en acudir a los códigos para imponer penas mayores puede ser al final no más un simple calmante para la conciencia colectiva que puede impedir que miremos con mayor profundidad reflexiva el significado de este aberrante crimen. Por supuesto, salir en este instante a controvertir el cuasi consenso frente a la cadena perpetua para quienes cometen crímenes contra los menores, luce como un absoluto despropósito. La sensibilidad está a flor de piel y todos queremos ver que haya justicia proporcional a lo que fue el asesinato de Luis Santiago. Pero vale preguntarse —ya que estamos todos tan permeados por este caso particular— si es que una condena más dura, incluso de cárcel de por vida, hubiera sido suficiente disuasivo para que Orlando Pelayo se hubiera contenido de cometer este crimen contra su propio hijo (...) De cualquier manera, antes de caer en ese debate que en el momento inmediato resulta insulso, el llamado a la imposición de penas más severas puede servir para sentir que se está actuando, pero poco sirve para responder la pregunta de fondo que nos estamos haciendo hoy los colombianos en medio del estupor por la muerte de Luis Santiago: ¿Se trata de un caso absurdo individual producto de una mente psicópata como la de Orlando Pelayo o se trata más bien este caso —y todos los que se suceden a diario y pasan en su mayoría inadvertidos— del reflejo de una sociedad enferma que ha creado las condiciones para que surjan delincuentes de tamaña inhumanidad? (...) Por eso, quizás la reacción más sabia y de la cual deberíamos partir para que el asesinato de Luis Santiago cobre algún sentido, fue la de su propio abuelo, don Juan Lozano, quien cuando le preguntaron si perdonaba a los asesinos contestó: “El perdón es no responder con más mal al mal”. *El aborrecible asesinato de Luis Santiago*. En: *El Espectador*. Publicado el 1 de octubre de 2008. consultado el 23 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-el-aborrecible-asesinato-de-luis-santiago>.

<sup>17</sup> Montero Aroca, Juan (2006). *El significado actual del llamado Principio Acusatorio*. En: Gómez Colomer y González Cussac (coord.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch,

tiene como característica fundamental responder a la criminalidad con amplia agilidad y eficiencia. Sin embargo, cuando este sistema penal fue implementado en nuestro país tuvo un déficit de aplicación que no hace que el sistema se plantee como “eficiente” frente a todos los casos. En efecto, si se mira la gran mayoría de los casos puede verse cómo el Estado obtiene fácilmente la rendición del detenido en flagrancia por porte ilegal de armas o porte de estupefacientes, obteniendo también, aunque en menor medida, éxitos con la rendición de algún sujeto que comete torpemente crímenes de mayor valía, y aún en menor proporción, obtiene éxitos cuando logra realizar una efectiva labor de policía judicial y se introduce dentro de organizaciones delictivas para desmantelarlas.<sup>18</sup> En todos estos casos el poder del Estado hace ver el proceso como la historia de un David frente a un Goliat, donde el acusado pasa de ser el dominante en el hecho delictivo al sometido en el procesamiento judicial. Sin embargo, otra cosa ha ocurrido cuando las capturas no se realizan por flagrancia sino por denuncias, en este punto otra ha sido la efectividad en las labores de policía judicial, pero concretándose en el tema, otro ha sido el panorama en los juicios por delitos sexuales. La Fiscalía, que ostenta el peso de la función acusatoria, ya no tiene sobre sus manos el dictamen pericial que indica que la sustancia incautada es cocaína o marihuana, ya no posee el arma sin salvoconducto, ni tiene decenas de testigos, sino que, únicamente, cuenta con la acusación del menor como principal o única prueba de cargo. La defensa, por su parte, tampoco tiene la necesidad de realizar una rendición, pues la Fiscalía no cuenta con un elemento material probatorio contundente que haga pensar en una rendición negociada y no en un juicio perdido. Las circunstancias, entonces, hacen que el *laboratorio de transformación teatral que es el derecho*,<sup>19</sup> no reproduzca nuevamente la historia de David y Goliat. La situación, que en

---

Valencia. págs. 313-337. Tomado el 30 de septiembre. Disponible en <http://www.derechoprocesal.es/hemeroteca/inicio.php>.

<sup>18</sup> Una ilustración de cómo funcionan los sistemas penales generalmente en Zaffaroni: “(...) cualquier sistema penal es selectivo, que siempre van a dar a la cárcel los protagonistas de conflictos burdos, que las cárceles no están llenas de asesinos y violadores psicópatas (que son la ínfima minoría que se usa para propaganda), sino de ladrones fracasados, que no hay ningún genocida, y que todo esto se observó y explicó al menos desde los tiempos de Sutherland, pero lo más curioso es que invocando (refiriéndose a Carlos Santiago Nino, a quien va dirigido el texto) el “sentido común” afirme que se siente tranquilo porque en todo el país hay unos pocos miles de ladrones fracasados presos (...) Tener presos a unos 15.000 ladrones pobres y fracasados, aunque sean ladrones —y lo son— y aunque “algo” haya que hacer —y hay que hacerlo— no pasa de eso mismo y nada más. No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que le podamos hacer los treinta millones que andamos más o menos libres, sino que, simplemente, se tiene encerrados a los 15.000 ladrones más torpes y rudimentarios de todo el país.(...)”. En: Zaffaroni, Ernesto Raúl (1991). *¿Vale la pena?* En: No hay Derecho, número 5. San José. Citado el 10 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/nhd/nota002.htm>.

<sup>19</sup> Baratta, Alessandro (1988). *La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el Proceso Penal*. En: Doxa [Publicaciones periódicas]. N° 5. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Consultado el 27 de agosto de 2008. Disponible en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/44657348635647273473468/cuaderno5/Doxa5\\_18.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/44657348635647273473468/cuaderno5/Doxa5_18.pdf)

principio se ve más o menos pareja, hace que se presenten en la mayoría de los casos juicios orales y que, en buena medida, la decisión tomada solo quede en firme en sede de casación.

### **El juez penal en jaque**

Del panorama presentado en el numeral anterior se desprende que el juez no tiene gran relevancia en muchos de los casos en donde, tal y como lo esquematiza el procedimiento actual, el acusado es vencido antes de entrar siquiera a la etapa del juicio oral.<sup>20</sup> En los casos de violencia sexual contra menores, tal y como se describió, otro es el panorama. El juez penal afronta su nuevo papel de juzgador en el marco del sistema penal acusatorio encorsetado en una nueva labor de árbitro encargado de vigilar una efectiva igualdad de armas entre unas partes que reconstruyen la realidad en el proceso. La labor que desempeñaba dentro de unos objetivos macro de proteger a la sociedad y luchar contra la impunidad, que lo hacía verse a sí mismo como un “héroe de la patria”, fue trasladada de manera íntegra a la Fiscalía, quien es la que a partir del Acto Legislativo y el Código de Procedimiento Penal acusatorio que lo regló, es la única detentora de la pretensión punitiva y del interés estatal en perseguir el delito. El juez acusatorio que propone el actual sistema, debería ser indiferente a los movimientos sociales de víctimas, pues él no es el representante de ellas, como tampoco del acusado o del Estado; es, ante todo, quien representa y garantiza el derecho y los valores de la Constitución al interior del proceso. El juez inquisitivo, que sería mucho más apto para las labores que pretende la sociedad, convulsa en el procesamiento de violadores o asesinos de niños, es un actor protagónico en el proceso penal con un papel activo en la construcción de la verdad procesal, un juzgador que no se quedará en figuras como las del *in dubio pro reo* sino que hará esfuerzos, incluso probatorios, para formarse y dictarse una verdad. El juez queda atrapado en dos discursos, puede actuar como un juez de naturaleza acusatoria y callar la boca a todos aquellos que piensan que se sigue manteniendo una estructura inquisitiva o, por el contrario, ponerse otra vez su capa de superhéroe y combatir del lado de la sociedad a los asesinos y violadores de menores.

En el resto del artículo, una vez contextualizado el panorama, se abordará la forma en que el juez no abandona su tradición de semi-fiscal y continúa comprometido con una lucha contra la impunidad y protección de la sociedad. Anticipado el tono del trabajo, se desintegrarán cada uno de los elementos que los honorables magistrados de la Corte Suprema de Justicia utilizaron para darle aún más dientes a un sistema acusatorio, o, lo que es lo mismo, crear un nicho para el juez inquisitivo dentro del procesamiento criminal a los delitos sexuales realizados a menores de edad.

---

<sup>20</sup> Pudiera incluso decirse que ésta es la “magia” del sistema penal.

## Un cambio de *policy*,<sup>21</sup> un esquema inquisitivo de aproximación a la verdad: una mirada a las sentencias de Casación de la Corte Suprema de Justicia referentes al procesamiento de delitos sexuales contra menores

Retomando el contexto que se había creado sobre la situación o el panorama nacional dentro del cual los jueces operan, vale decir que se desplazó el punto o la concepción de un derecho penal como “Carta Magna del Delincuente” hacia un derecho penal como “Carta Magna de la Sociedad”, buscando siempre la protección y reconducción de la misma. La Corte Constitucional fue la primera que dio un paso hacia ese tipo de derecho penal con la Sentencia *T-554 de 03*, en donde expresó:

Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente.<sup>22</sup>

A partir de esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia elaboró más argumentos que sirvieron para casar el fallo emitido por el Tribunal Superior de Pereira y así condenar al acusado por delitos sexuales contra menor de 14 años en concurso heterogéneo con el delito de incesto. La sentencia, luego de haber citado a una tratadista argentina y darle a sus dichos un valor “científico”, concluía: “*a partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.*”<sup>23</sup>

<sup>21</sup> De acuerdo con la autora española Marina Gascón, la *policy* es una opción valorativa que se toma para adoptar determinado Estándar de Prueba: “En definitiva, un SP (Estándar Probatorio) específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y ésta es, en última instancia, una elección política o valorativa.” Gascón Abellán, Marina (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 28. págs.127-139. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01260630876709517450035/029106.pdf?inc=>

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia *T- 554 de 2003*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Julio 10 de 2003, Bogotá.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia *23706 del 26 de enero de 2006*. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Bogotá

El “*enorme*” valor probatorio al que se refiere la primera cita o la “*gran credibilidad*” que adquiere el dicho del menor en la segunda, han sido utilizados para unificar criterios en cuanto al procesamiento judicial de los acusados de realizar delitos sexuales en contra de menores. Los argumentos recién citados, en especial el de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fueron utilizados expresamente para emitir Sentencias condenatorias en los siguientes casos: sentencia del 26 de enero de 2006, con radicación número 23706; sentencia del 30 de marzo de 2006, con radicación número 24468; sentencia del 19 de febrero de 2008, con radicación número 28742; sentencia del 13 de marzo de 2008, con radicación número 27413; sentencia del 02 de julio de 2008, con radicación número 29716; sentencia del 2 de julio de 2008, con radicación número 29117; sentencia del 02 de Julio de 2008, con radicación número 23438; sentencia del 29 de Julio de 2008, con radicación número 21105; sentencia de 19 de Agosto de 2008, con radicación número 29740; sentencia del 5 de noviembre de 2008, con radicación número 29678.<sup>24</sup> La lectura de estas sentencias y la observación de estos procesos permite establecer que en nuestro país se adoptó por vía jurisprudencial una máxima de la experiencia según la cual cuando un menor habla de abusos sexuales es porque generalmente los ha vivido.

### **Elementos para la adopción de un sistema inquisitivo**

El proceso penal es un esquema epistemológico de aproximación a la verdad. No se trata, sin embargo, de cualquier sistema, en buen romance liberal podría decirse que se trata de un sistema cargado políticamente por unos derechos fundamentales que racionalizan el proceso en función no sólo de una obtención o construcción de verdad sino de un compromiso ético con el ciudadano de racionalizar el poder y prestar las garantías necesarias para que la verdad, además de ser verdad, sea válida, pues, sólo así, estamos hablando de justicia. Al *esquema epistemológico* que logre racionalizar el poder, entendiendo por ello hacerlo menos violento, y al mismo tiempo garantizar al hombre un lugar digno en el proceso otorgándole herramientas o *garantías* que lo equilibren frente al enorme poder estatal, se le puede llamar además de proceso penal, *debido proceso*. La puesta en marcha de un sistema construido, con aciertos y virtudes, por el derecho penal liberal clásico, ha dependido enormemente del respeto de una figura que acomoda los roles del proceso: la presunción de inocencia. Para explicar tal importancia debe remitirse a la lógica y la aplicación que de ella hace el derecho.

### **Presupuestos lógicos de la aplicación de un sistema inquisitivo**

Enseñan la lógica y las reglas de la experiencia que cuando hay dos versiones encontradas es de mayor credibilidad la que expone un hecho que normalmente ocurre a la que explica un hecho extraordinario. Es tal la naturaleza lógica del

---

<sup>24</sup> Por si fuera poco la lista no es absoluta sino que se enseñan solo algunos de los casos en donde el mismo argumento fue utilizado para realizar la Sentencia condenatoria.

postulado que se exime de cualquier explicación o sustentación teórica, ya que es el resultado de la más simple observación de lo que en nuestro entorno ocurre. El postulado así, sería que: *el hecho ordinario se presume mientras el hecho extraordinario se prueba.*

### **La presunción de inocencia**

Teniendo una conciencia plena del significado del término como garantía y como compromiso ético del Estado frente al ciudadano, la expresión más técnica sería *Estatus de Inocencia*, y su respeto incluiría, entre otras cosas, la imposibilidad de aplicar medidas de aseguramiento u otras actuaciones del Estado que no se correspondan con el trato que merece un ciudadano inocente. Sin embargo, para la aplicación que se pretende en este acápite bastará con decir que de acuerdo con la Constitución Política y a lo que las reglas de la experiencia enseñan, es ordinario que los ciudadanos no cometan acciones delictivas. Por lo tanto, si integramos este principio al esquema anterior se tiene que: *el hecho ordinario, cual es la no comisión de una conducta delictiva por parte del ciudadano, se presume, y la afirmación en contrario, cual es la comisión de una conducta punible, debe probarse.*

### **La máxima de la experiencia según la cual cuando los niños hablan de abusos sexuales es porque generalmente los han vivido**

De acuerdo con lo expuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se ha citado de manera frecuente en este artículo, cuando los menores hablan de abusos sexuales es porque generalmente los han vivido. Se tiene entonces, bajo la lógica del citado fallador, que: *el hecho ordinario, cual es que el menor cuando hable de maltratos sexuales esté diciendo la verdad, se presume, y es la afirmación en contrario, cual es el hecho de que el niño esté mintiendo, esto es, que el acusado no haya cometido la conducta punible atribuida, la que debe probarse.*

### **El cambio de *policy* o la escuela del mundo al revés<sup>25</sup>**

Retomando la definición según la cual el proceso penal es un sistema epistemológico de aproximación a la verdad, debe entonces convenirse que, siendo las pruebas las que van a permitir avanzar en un camino que parte desde la duda hacia la certeza, ellas juegan un papel crucial en el proceso. Desde el punto de vista probatorio se tiene entonces que al procesado no le corresponde demostrar nada, su inocencia se presume, al acusador en cambio le corresponde probar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado. El estándar probatorio por el que se opta, una vez son introducidos los principios penales al proceso, resulta particularmente alto para el ente acusador y no así para la defensa. En palabras del procesalista Michelle Taruffo, la situación es la siguiente:

<sup>25</sup> La expresión “*escuela del mundo al revés*” es tomada de: Galeano, Eduardo (2004). *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Ed. Siglo XXI. Séptima Edición. México.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es esencialmente de naturaleza ética o ética-política: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado —y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy* lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.<sup>26</sup>

Si continuando con el punto de vista probatorio se tiene un esquema epistemológico de aproximación de la verdad, en donde a los dichos de la víctima se les dote de una presunción de veracidad, al ente acusador no le corresponde la carga de la prueba; el acusado, en cambio, debe probar su inocencia atacando con pruebas los dichos del menor. El esquema probatorio da un giro y entonces la carga de la prueba se invierte, el estándar probatorio se torna entonces particularmente alto para la defensa y no tanto así para el ente acusador. Las clases de derecho procesal penal para entender más a fondo este tipo de esquema no las dictan tratadistas como Taruffo o Ferrajoli, sino que las dicta, parafraseando al autor Uruguayo Eduardo Galeano, “*la escuela del mundo al revés*”.<sup>27</sup> Habiendo presentado ya la inversión de la carga de la prueba en el procedimiento penal, se presentarán a continuación algunas de las más relevantes lecciones de este esquema procesal en donde el juez desarrolla un libreto tendencialmente inquisitivo.

---

<sup>26</sup> Taruffo, Michelle (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. En: Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XXXVIII, número 114. Septiembre-Diciembre. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>

<sup>27</sup> Galeano, Eduardo (2004). *Op. cit.* Para hacer un breve contexto de la forma en que utiliza el autor tal expresión: “Si Alicia volviera hace ciento treinta años, después de visitar el país de las maravillas, Alicia se metió en un espejo para descubrir el mundo al revés. Si Alicia renaciera en nuestros días, no necesitaría atravesar ningún espejo: le bastaría con asomarse a la ventana.”

## Especial relevancia de la prueba indiciaria

La presunción de inocencia robustecida y nítida en el juicio es uno de los elementos esenciales de un sistema acusatorio. Dentro de la fijación de un estándar probatorio, particularmente alto para el ente acusatorio, y siendo consecuentes con la importancia del principio mencionado, se precisa que si una persona se presume inocente y su culpabilidad debe ser demostrada más allá de toda duda razonable, la prueba indiciaria no es un vehículo que conduzca a la certeza necesaria de la culpabilidad y, por lo tanto, no se debe considerar como un medio de conocimiento.<sup>28</sup> En la que anteriormente denominamos “*escuela del mundo al revés*”, lo que realmente se encuentra robustecido es la presunción de veracidad sobre los dichos del menor y, en consecuencia, son los indicios a favor del acusado los que no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de dictar un fallo. La situación se presenta gráficamente en los fallos de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia del 13 de febrero de 2008 que resolvió el proceso con radicado 28742, la defensa pretende hacer valer testimonios que indican el tipo de persona y las conductas previas del acusado. En ese caso un testigo afirmaba: “(...) *es incapaz de llegar a un acto de esta naturaleza por el conocimiento de más de veinte años y por convivir en la misma residencia*”;<sup>29</sup> entre otros testimonios, la Corte sobre este tipo de esfuerzos probatorios define que:

Las implicaciones de la discusión para determinar si el derecho penal es un derecho “de autor o de acto” se centran en establecer si se castiga a la persona por lo que es, o por lo que hace. El núcleo de la controversia radica precisamente en la interpretación del artículo 29 de la Constitución Política que expresamente refiere que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa.

El artículo 2° del Decreto Ley 100 de 1980 hablaba de hecho punible: “Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”, y el Artículo 9 de la Ley 599 de 2000 refirió expresamente y sin equívocos que lo que se juzga es la conducta punible.

En suma, lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es. (Por ello, el esfuerzo probatorio de la defensa por establecer si el procesado es o no pedófilo no es relevante en el campo del derecho penal, aunque lo sea en otras áreas del conocimiento, como la psicología, la psiquiatría, la parasicología, la genética, el periodismo, etc.)<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Congreso de la República de Colombia. *Ley 906 de 2004*. Diario Oficial No. 45.657, del martes 31 de agosto de 2004. Bogotá. “Artículo 382. Medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.”

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 19 de febrero de 2008. Radicado número 28742*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá

El tratamiento ha sido diferente cuando los actos previos refuerzan la presunción de veracidad sobre el menor, de tal suerte actuó la Corte Suprema de Justicia, para citar algún ejemplo, en la sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006) bajo el Radicado 24468:

Se demostró sin discusión por parte de la defensa, que ESLEY ALFREDO VILLADA GÓMEZ, hombre de 35 años de edad, dirigió escritos a una niña de doce años (distinta de K...J...) donde, entre otras cosas, le decía: “eres una reina...me gustas mucho...te deseo..quiero darte un beso y una caricia”, y le pedía una respuesta y le ponía citas “pero que no se dé cuenta la abuela”. También se demostró que en una ocasión fue sorprendido por Ángela María Sánchez Castillo observándola mientras ella se bañaba.

Entonces, hizo bien el Tribunal Superior en tomar esos hechos como indicadores para, a través de inferencias racionales, deducir por la vía del indicio que el implicado tenía un patrón de conducta sexual inclinado hacia el erotismo con las niñas, inferencia lógica y fundada, que además servía para apoyar la credibilidad del testimonio vertido por la niña K...J..., víctima de los tocamientos íntimos por parte de aquél.”<sup>31</sup>

### **Admisibilidad especial de la prueba de referencia**

La prueba de referencia dificulta, o en rigor imposibilita, la intermediación del juez, regla técnica del sistema penal acusatorio. Por ello el Código de Procedimiento Penal actual reduce contundentemente su poder suasorio y además crea una lista taxativa de eventos en donde será admitida.<sup>32</sup> La Corte Suprema de Justicia considera, sin embargo, que no puede darse el lujo de perder a los testigos de referencia cuando es bien conocido que en casos como los de violencia sexual contra menores estos testimonios son los únicos que, junto a un eventual indicio, acompañan los dichos del menor dentro del arsenal probatorio de la Fiscalía. Para proteger entonces la prueba de referencia que no es otra cosa que la madre, la abuela o cualquier otro miembro de la familia contando dramáticamente lo que la niña o niño dijo que había ocurrido, la Corporación señalada expresa:

(...) el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

<sup>32</sup> Congreso de la República de Colombia. *Ley 906 de 2004*. “Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.<sup>33</sup>

En un ajustado discurso de Nuevo Constitucionalismo la Corte Suprema de Justicia niega el control que la norma impone al juez y le da a éste la posibilidad de decidir en qué casos admite la prueba de referencia. Para cerrar la lección de la prueba de referencia la Corte establece:

(...) la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004. Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la prueba de referencia, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.<sup>34</sup>

Lo anterior implica que la prueba de referencia deberá ser utilizada para corroborar y aumentar la credibilidad y poder suasorio a la ya fortalecida presunción de credibilidad que gozan los dichos del menor.

### **Adecuación Típica amañada**

Siguiendo con el objetivo de mostrar algunos casos en donde se puede apreciar un matiz inquisitivo en el rol del juez, se llega a la Sentencia del 2 de julio de 2008 con radicado número 29117 en donde se juzga la conducta de un hombre que presuntamente dio un beso y tocó los glúteos a una niña de nueve años. La Corte Suprema de Justicia comienza el repaso haciendo un estudio del panorama normativo de la violencia sexual que poco o nada difiere con el que en este artículo se ha presentado:

---

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Nunca tan acertadas resultaron las palabras del profesor Juan Carlos Arias, quien escribía: "(...) la dificultad por ese nuevo rol de árbitros comprometidos estrictamente con la imparcialidad, ya no con la lucha contra la impunidad, ni con el compromiso con la verdad hasta el punto de permitirles el decreto de pruebas de oficio y de participar activamente en la práctica de todos los elementos de convicción (como sucedía en el esquema abandonado por nuestro constituyente y legislador), se cifra en nada más ni nada menos que en la reacción negativa a la pérdida de poder. Nuestro 'nuevo' juez no requiere abandonar el protagonismo que, en el proceso penal, el anterior sistema le otorgaba. (...) la vinculación del juez con la construcción de la 'verdad' es de vigilancia y de garantía de la legalidad de los procedimientos que adelanta la Fiscalía, pero en manera alguna de colaboración con ella, porque definitivamente le haría perder la objetividad y, sobre todo, la imparcialidad". En: Arias, Juan Carlos (2005). *El Juez y el Sistema Acusatorio Colombiano ¿Tenemos derecho en Colombia a un juez imparcial?* En: La defensa. Revista de la Defensoría del Pueblo, número 7. Bogotá. pág. 73

El derecho penal no tiene por finalidad (por sí) imponer castigos; no se puede convertir la justicia en amargura, se trata de hacer justicia material en los casos concretos.<sup>35</sup>

“La esencia del proceso constitucional-penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal (...), se trata de hacer justicia material en cada caso.”

(...) La Sala Penal de la Corte, en su condición de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en esa materia (Artículo 234 de la Constitución Política) y de conformidad con los fines que orientan el recurso extraordinario de casación, entre ellos “la efectividad del derecho material” (artículo 180 de la Ley 906 de 2004) tiene el deber de hacer un llamado a la cordura a los funcionarios judiciales en orden a cuestionarse sobre ¿Qué tanta justicia material existe en ese tipo de condenas que adolecen de imprecisión en la adecuación típica?

El caso Luis Alfredo Garavito conmocionó al mundo –con razón– y la sociedad colombiana al unísono reclamó –unánimemente– del legislador una ley que potenciara el control penal para ese género de conductas:

Inicialmente se propuso un proyecto de Ley “*Por medio de la cual se eliminan los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad*”; como respuesta al razonado clamor ciudadano, el Congreso aprobó la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 (Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños y las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos) que en su artículo 199 eliminó todo tipo de beneficios y mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena cuando se trate, entre otros, de delitos contra la libertad integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes; otro proyecto de incremento de penas que modifica casi todos los artículos del título IV del Código Penal fue radicado y cursa actualmente los debates ordinarios en el Congreso.

Como se advierte, las consecuencias penológicas de este género de conductas son importantes, tanto como las consecuencias civiles del delito, por ello, los intervinientes en el proceso penal están llamados a ejercer un efectivo control a la exactitud de la imputación, so pena de convertir el derecho en un verdadero terror penal.<sup>36</sup>

Evidentemente, la Corte observa que por el estado actual de cosas que rodea la violencia sexual de menores, la sociedad exige el derecho penal ya no como un mecanismo subsidiario de control social sino como único elemento para controlar tal tipo de conductas, y hace un llamado de prudencia a las adecuaciones típicas realizadas por los fiscales, dejando sin fundamento un artículo como éste en el que

<sup>35</sup> En esta materia, no todo comportamiento humano –por repudiable, por abominable– encuadra en las conductas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales. vg. los sucesos que ordinariamente se presentan en los servicios de transporte masivo, aprovechando conglomerados humanos, manifestaciones públicas, los piropos, galanterías, gesticulaciones, que distan de los correctos modales sociales, etc.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

implícitamente se pretendía decir, entre otras cosas, que el juez no era imparcial sino que estaba a favor de la víctima.

Sin embargo, este alto tribunal una vez habla de la antijuricidad material de la conducta hace un esfuerzo asombroso para no dejarla sin castigo alguno y es en ese momento donde por vía de casación oficiosa adecúa el delito de injuria por vía de hecho. No se trata entonces ahora de que el hombre tratara de vulnerar a la menor y atacar el bien jurídico de la Libertad, Formación e Integridad Sexual (dado que de acuerdo a la Corte no se alcanzó a vulnerar efectivamente por la zona donde se produjo el tocamiento y porque por la escasa edad de la menor su formación sexual no se vería afectada) sino que se vulnera el bien jurídico de la integridad moral. Sólo resulta explicable en la “*escuela del mundo al revés*” que una niña que no tiene el raciocinio tal para que esa conducta vulnere su formación sexual sí lo tenga para discernir sobre cómo esa misma conducta vulnera su integridad moral y que, por otra parte, las acciones del acusado no iban dirigidas a satisfacer su desbordada libido sino a injuriar a la menor como lo hiciera quien le diere una cachetada o un insulto, o sólo a esta misma escuela se le ocurre diseñar un nuevo manual de anatomía jurídica en donde de acuerdo a la zona en donde se produce el contacto se vulnera uno u otro bien jurídico.

### **La posibilidad de decretar pruebas de oficio**

Amplios consensos de tratadistas han establecido que la posibilidad de que un juez decrete pruebas de oficio va en contravía de un debido proceso, más aún de un proceso acusatorio. Este tipo de proceso tiene una estructura supremamente simple en donde las partes a través de la discusión construyen una verdad con la que deben convencer a un tercero neutral, imparcial e imparcial. La prueba de oficio, sin embargo, da al traste con estas aspiraciones, y pone además al juez en una labor de búsqueda de la verdad que no se identifica con el rol del juez acusatorio. La estructura acusatoria, que es tan simple, ha sido arrollada en cierta medida por un discurso de nuevo constitucionalismo en donde la Corte Suprema de Justicia pretendía que el juez pudiese decretar pruebas de manera oficiosa cuando de la práctica de los mismos dependiera la satisfacción de principios constitucionales tan caros como la búsqueda de la verdad o el derecho prevalente que tienen los menores sobre los demás. El discurso entonces era el siguiente:

(...) En el trámite de la reforma constitucional se perfilaron algunas características que permiten verificar la evolución desde el sistema acusatorio “puro” inicialmente propuesto, hasta el sistema con tendencia acusatoria, no “típico ni puro”, sino específico para Colombia; y con un principio adversarial igualmente modulado.

Y se afirma que el principio adversarial no es absoluto, entre otras razones, porque en Colombia se reconoce el derecho de intervención a las víctimas y al Ministerio Público; y porque el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar pro activamente como garante de los derechos

fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material.

(...) Para garantizar el cumplimiento del principio de imparcialidad, previsto en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, ningún precepto de ese Código confiere a los jueces iniciativa en materia probatoria, en el sentido de decretar oficiosamente la práctica de los medios de conocimiento que estimen convenientes. Y esta exclusión aplica a los jueces de control de garantías y a los jueces de conocimiento.

Por el contrario, como una manifestación concreta de los principios acusatorio y adversarial introducidos a la legislación nacional, el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, estipula que “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

(...) Como viene de verse, en términos generales, el Juez no tiene iniciativa en materia probatoria y por ende no puede decretar pruebas de oficio. No obstante, a la luz de la Constitución Política la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta.

(...) Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables.

Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.<sup>37</sup>

Como puede observarse la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia no sólo enreda el discurso al hablar de pruebas de oficio sino que así mismo lo hace al hablar de un sistema acusatorio moderado, “un sistema acusatorio a la colombiana”.

Esta discusión sobre la posibilidad de decretar pruebas de oficio que fuera zanjada por la Corte Constitucional prohibiendo en cualquier caso el decreto de ellas<sup>38</sup> parece llegar a su fin sólo en esa materia específica, pues lo que realmente se ha probado con la puesta en marcha del sistema acusatorio es la improvisación y falta de capacidad para operar en un nuevo sistema de procedimiento penal.

---

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468. Op. Cit.*

<sup>38</sup> Ver: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-396 de veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007)*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

## Epílogo

Cumplido el objetivo de aportar algunos elementos que aumenten las bases para una discusión sobre la verdadera naturaleza acusatoria o no del sistema penal actual a partir de la observación y estudio de algunos casos adelantados por la Corte Suprema de Justicia referidos a la violencia sexual contra menores se finalizará el trabajo con unas palabras que lejos de definir el tema o concluirlo, agitan aún más la discusión.

Del estudio de los procesos penales citados puede determinarse que la aplicación sofisticada de un discurso de Nuevo Constitucionalismo, ha vuelto folclor la aplicación del sistema importado del país con más presos en el mundo fuente?. El sueño del distraído acerca de la implementación de un verdadero sistema penal acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 ha quedado estéril. Queda entonces seguir luchando, o soñando como aquel distraído, en que algún día en nuestro país haya un compromiso con el ciudadano para que el Estado con la *presunción de inocencia*, el *in dubio pro reo*, la *carga de la prueba* y las demás garantías procesales no le asegure al ciudadano que no dejará de sentir la violencia intrínseca del derecho penal, pues el derecho penal mínimo que representa las garantías está para minimizar el derecho no para legitimarlo, pero si le podrá al menos decir que se enfrentará a un proceso construido bajo parámetros de racionalidad y ética. Racionalidad porque se construye un esquema epistemológico que tiende a la investigación, al convencimiento libre de un tercero, al debate de ideas contrapuestas, a la exposición y contradicción de hipótesis, entre otras. Y ética- política porque se firma un compromiso con el ciudadano según el cual en caso de fallar el método de aproximación a la certeza dispuesto por el orden jurídico-penal se tendrá que dictar una sentencia absolutoria.

## Referencias bibliográficas

Arias, Juan Carlos (2005). *El Juez y el Sistema Acusatorio Colombiano ¿Tenemos derecho en Colombia a un juez imparcial?* En: La defensa. Revista de la Defensoría del Pueblo, número 7. Bogotá. pág. 73

Baratta, Alessandro (1988). *La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el Proceso Penal.* En: Doxa [Publicaciones periódicas]. N° 5. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Consultado el 27 de agosto de 2008. Disponible en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/44657348635647273473468/cuaderno5/Doxa5\\_18.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/44657348635647273473468/cuaderno5/Doxa5_18.pdf)

Cifuentes, Francisco. *El Código de la infancia y la ignominia para los violadores de menores.* En: Red el Abedul. S.F. Consultado el 30 de marzo de 2009. Disponible en [http://www.elabedul.net/San\\_Alejo/2007/el\\_codigo\\_de\\_la\\_infancia\\_y.php](http://www.elabedul.net/San_Alejo/2007/el_codigo_de_la_infancia_y.php)

Comité Promotor del Referendo para modificar el artículo 34 de la Constitución Política. *Exposición de motivos.* En: Página Web de la vocera del Comité Concejala Gilma Jiménez. 2009. S.L. Citado el 26 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.gilmajimenez.com/referendo.htm>.

Concejo de Bogotá. Acuerdo número 280 de 2007. Por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1098 de 2006.* Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

\_\_\_\_\_ *Ley 1146 de 2007.* Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

\_\_\_\_\_ *Ley 1236 de 2008.* Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.

\_\_\_\_\_ *Ley 1257 de 2008.* Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

\_\_\_\_\_ *Ley 906 de 2004.* Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

\_\_\_\_\_ *Proyecto de ley 22 de 2008*, por medio del cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

*Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 554 de 2003*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Julio 10 de 2003, Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C- 396 de veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007)*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia C 591 de 2005*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Junio de 2005. Bogotá.

*Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 23706 del 26 de enero de 2006*. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Bogotá

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 19 de febrero de 2008. Radicado número 28742*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468. Op. Cit.*

*Diario El Espectador. Aprueban en primer debate referendo de cadena perpetua para violadores*. Publicado el 23 de abril 2009. Citado el 29 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo137406-aprueban-primer-debate-referendo-de-cadena-perpetua-violadores>.

\_\_\_\_\_ *El aborrecible asesinato de Luis Santiago*. Publicado el 1 de octubre de 2008. Consultado el 23 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-el-aborrecible-asesinato-de-luis-santiago>.

Fiscalía General de la Nación, Oficina de Divulgación y Prensa (2002). *172 niños víctimas de Luis Alfredo Garavito*. En: Informes especiales-Año 2002. Consultado el 20 de febrero del año 2009. Disponible en <http://www.Fiscalía.gov.co/pag/divulga/InfEsp/Garavito.htm>

Galeano, Eduardo (2004). *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. Ed. Siglo XXI. Séptima Edición. México.

Gascón Abellán, Marina (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 28. págs. 127-139. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01260630876709517450035/029106.pdf?inc=>

Hassemer, Winfried (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ed. Ad-Hoc, segunda edición, 1ª reimpression. Buenos Aires. pág. 59

Montero Aroca, Juan (2006). *El significado actual del llamado Principio Acusatorio*. En: Gómez Colomer y González Cussac (coord.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch, Valencia. págs. 313-337. Tomado el 30 de septiembre. Disponible en <http://www.derechoprocesal.es/hemeroteca/inicio.php>.

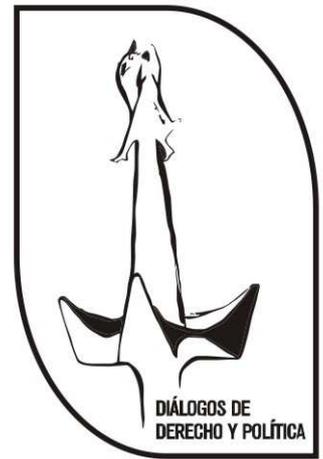
Ospina Zapata, Gustavo. *Hay que calmar los ánimos en San Pedro*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 20 de Septiembre de 2008.

\_\_\_\_\_ *Junto a la tumba de Karen, San Pedro lloró de dolor*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 18 de Septiembre de 2008. Citado el 12 de noviembre del año 2008. Disponible en [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/junto\\_a\\_la\\_tumba\\_de\\_karen\\_san\\_pedro\\_lloro\\_de\\_dolor/junto\\_a\\_la\\_tumba\\_de\\_karen\\_san\\_pedro\\_lloro\\_de\\_dolor.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor.asp)

Taruffo, Michelle (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. En: Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XXXVIII, número 114. Septiembre-Diciembre. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>

Veloza Cano, Héctor. *Asesinato de bebé Luis Santiago habría sido planeado por su padre desde hace más de 4 meses*. En: Diario El Tiempo. Bogotá 1 de octubre del 2008. Citado el 30 de noviembre de 2008. Disponible en [http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-01/asesinato-de-bebe-luis-santiago-habria-sido-planeado-por-su-padre-desde-hace-mas-de-4-meses\\_4576374-1](http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-01/asesinato-de-bebe-luis-santiago-habria-sido-planeado-por-su-padre-desde-hace-mas-de-4-meses_4576374-1)

Zafaronni, Ernesto Raúl (1991). *¿Vale la pena?* En: No hay Derecho, número 5. San José. Citado el 10 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/nhd/nota002.htm>.



---

# Sobre cómo se fundamenta el concepto de persona y de la pena en el derecho penal de enemigo

**Susana Valencia Cárdenas**

Estudiante, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:  
[susanavalencia@gmail.com](mailto:susanavalencia@gmail.com)

## Resumen

A través del presente texto se exploran los conceptos de persona y de pena en el derecho penal de enemigo, un tema que merece especial atención en tanto surge tras la afirmación de la despersonalización del individuo. Aunque aún no se ha establecido definición alguna, el análisis respecto de estos conceptos a partir de lo que hoy conocemos como derecho penal de enemigo resulta fundamental, máxime teniendo en cuenta que para sus elaboraciones se parte de postulados filosófico-políticos que le son útiles para interpretar lo jurídico suponiendo la *privación de derechos* de quien decide separarse del ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** Liberalismo, persona, normativismo, derechos, enemigo, guerra.

## Sobre cómo se fundamenta el concepto de persona y de la pena en el derecho penal de enemigo

### 1. Referencia a la discusión Comunitarismo vs. Liberalismo político

El resurgimiento del comunitarismo, interpretado como fuerte reacción a postulados liberales y contractualistas, y heredero de concepciones aristotélicas y también hegelianas, ha formulado duras críticas sociológicas, epistemológicas y políticas al postulado neocontractualista propuesto por Rawls.<sup>1</sup> En ese sentido, se destaca la discusión en torno al *concepto de persona*.

Para esta corriente, el individualismo liberal es inaceptable, puesto que plantearía la existencia del sujeto como desvinculado o separado de la sociedad. Sólo es posible el individuo si sostiene una estrecha relación con la *comunidad* entendida en el sentido ético y abstracto que, según ha afirmado Alcácer, se encuentra en dicha concepción filosófica. En tal sentido, el sujeto se encuentra vinculado valorativa y afectivamente –v.gr. en sus tradiciones y costumbres– a la comunidad de la cual es parte. Hay un contextualismo evidente.

El sujeto moral hegeliano y de fundamentación comunitarista, concebido desde un punto de vista normativo, no sólo no elige sus fines en la comunidad de la cual extrae su identidad, esto es, no cumple el paradigma de sujeto racional y reflexivo propio del liberalismo y según el cual los individuos estarían en capacidad de darse unas normas propias, previo acuerdo en virtud de su autonomía, racionalidad y libertad; sino que, además, interioriza valores o fines morales que lo determinan. La comunidad ética preexiste al individuo y no éste a ella. Aquella tiene la capacidad de determinar y constituir a éste, quien *internaliza* dichos valores éticos.

Es de ese modo que, en virtud de la *vinculación* del sujeto a los valores de su comunidad consagrados por el derecho, resulta necesario un ejercicio de *fidelidad* acrítica al mismo. Según el autor citado, las consecuencias de ello podrían ser sintetizadas en una protección mediante la fuerza –o coacción– de los valores éticos inmersos en la comunidad, también en la existencia de un deber de obediencia al derecho dirigido apriorísticamente y que se basa en la identificación moral colectiva.

De ahí que el delito ya no es concebido como lesión de bienes jurídicos, sino como infracciones de deber, esto es, del deber de obediencia a actuar conforme a los valores morales de la comunidad.

---

<sup>1</sup> Alcácer Guirao, Rafael (2004). *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. págs. 167 y siguientes.

## 2. Relación con el fin de protección de la vigencia de la norma

Puede afirmarse que bajo esta concepción, el derecho penal abandona supuestos liberales, en tanto no se concibe en función de la protección de intereses individuales –que por extensión podrían denominarse bienes jurídicos–, sino de la protección de *la comunidad*, lo que podría implicar un viraje hacia una concepción organicista de la sociedad. El individuo debe, según ello, acoplar su comportamiento según sea funcional al mantenimiento del *status quo* presente en el *todo*, o mejor, en un órgano ético abstracto y supraindividual.

A ello conduce la teoría de Jakobs, pues introduce un conjunto de ideas provenientes de la teoría sistémica social, cuyo origen luhmaniano deja entrever una concepción organicista de la sociedad. La existencia del individuo tiene lugar en tanto *sistema psicofísico autónomo*, lo que implica, según esa teoría, el abandono de los intereses individuales frente a las necesidades del sistema social.<sup>2</sup>

De dicho individuo cabe esperar comportamientos adecuados a la norma. Por tanto, cuando ella aparece quebrantada por el delito, la pena se impone para restablecer la vigencia de la norma misma: desacreditar o desvalorar y *contradecir* la conducta del sujeto que la ha transgredido, existiendo así una protección a *expectativas normativas* en lugar de una protección efectiva a bienes jurídicos.

Según lo planteado, la sanción penal se *justificaría* puesto que expresaría de modo simbólico el restablecimiento de la confianza en la norma por parte de los demás individuos que intervienen en el tráfico social, a pesar de la contradicción a la misma en razón de la acción delictiva.

De otro modo, Jakobs ha afirmado que la personalidad *real* es condicionada o fundamentada sólo si la conducta de dichas personas –reales– se adecua a la norma. En este sentido, en una sociedad democrática existe un consenso sobre las normas que habrían de regular la vida en la sociedad. Sin embargo, el calificativo de *ciudadanos* sólo sería otorgado a quien cumpla con la expectativa plasmada en la norma, esto es, sólo frente a quien garantiza que su comportamiento resultará conforme a derecho. Así, por el solo hecho de existir un consenso sobre las normas, se asume un respeto incondicionado, acrítico e irreflexivo al derecho.<sup>3</sup>

Siguiendo directamente a Jakobs,<sup>4</sup> se encuentra una caracterización del concepto de persona, no como aquella a quien ha de garantizársele la seguridad en sus

---

<sup>2</sup> *Ibid.* pág. 88.

<sup>3</sup> Alcácer, al exponer la postura de Jakobs, sostiene que el derecho penal resultaría entonces dirigiéndose a las *potenciales víctimas* que son sujetos respetuosos del derecho, y no a potenciales delincuentes.

<sup>4</sup> Jakobs, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch. págs. 53-64.

bienes, sino como titular de derechos y obligaciones que le confieren un especial *status* dado a su vez por un estado de juridicidad que por lo demás aparece vulnerado con el hecho lesivo; con lo que el delito no se concibe, por tanto, como lesión de bienes sino como lesión a la juridicidad, a la norma propiamente.

Jakobs plantea un polémico distanciamiento en lo que se refiere a la función de la pena cuando afirma que la misma no ha de estar referida a la protección de bienes jurídicos; tampoco a la prevención del delito; aquella más bien –sostiene–, habría de entenderse como una *marginalización* del hecho delictivo, puesto que éste significa lesión a la norma.

El fin que se le otorga a la pena, entonces, resultaría ser un mensaje en virtud del cual se desautoriza el delito y se le considera como inválido para dirigir la conducta de los otros sujetos inmersos en el tráfico social. La pena reafirma la validez y la existencia de la norma quebrantada, resultando, además, confirmada la identidad o configuración social –normativa–,<sup>5</sup> lo que plantearía el tema de la seguridad normativa y la seguridad cognitiva.

En el esquema de pensamiento de Jakobs se introduce también una diferenciación de las funciones de la pena: *abierta*, en tanto confirma la identidad social; y *latente*, como prevención general positiva –motivación a la no realización de hechos que vulneren la existencia normativa–.

Según dicha diferenciación de funciones, la pena habría de dirigirse a destinatarios diferentes. El fin de confirmación se dirigiría a quienes participan en la *comunicación*, que poseen *disposición jurídica* –esto es, voluntad de acatar los preceptos normativos– y quienes no han de tomar en serio el hecho lesivo como una *comunicación válida* o pauta válida de comportamiento, precisamente, por la imposición concreta de la pena al autor de dicho hecho lesivo.

Por la disposición jurídica que poseen las personas intervinientes en la *comunicación*, para Jakobs, éstas no requieren ni intimidación ni costumbre a la fidelidad al derecho.<sup>6</sup> Esto sólo es requerido por quienes él considera que no tienen, *per se*, disposición jurídica. Si ésta última está ausente, no se le puede considerar a un sujeto como titular de los atributos propios del *status* de persona. El tratamiento como tal requiere la condición esencial de que el sujeto brinde un aseguramiento cognitivo de que su comportamiento será adecuado a la norma. Si esta garantía no es dada de modo que del comportamiento del sujeto resulte la defraudación de una expectativa normativa, será privado del *status* de persona,

<sup>5</sup> Esto es denominado por Jakobs vigencia contrafáctica, en tanto marginalización del hecho lesivo como presupuesto para restaurar la vigencia plena de la norma, ó mejor, un *estado de juridicidad*. Si bien en este punto podría plantearse la diferenciación entre seguridad normativa y seguridad cognitiva, que no se considera pertinente desarrollar en estas líneas.

<sup>6</sup> A mi modo de ver, la expresión es “ser fiel a” algo y no “ser fiel de” algo.

catalogándose así como *enemigo* de la sociedad que reaccionará contundentemente frente a él.

La defensa de la sociedad contra el hecho (o agresión) de un individuo deviene necesaria, no sólo contra agresiones actuales, sino también contra *agresiones futuras*.<sup>7</sup>

### 3. Derecho penal de enemigos y derecho penal de ciudadanos

Para Jakobs, el derecho penal aplicable a los sujetos antes aludidos posee reglas diferentes a las del derecho penal aplicable a sujetos con disposición jurídica o a ciudadanos.<sup>8</sup> Aquel derecho penal implica un comportamiento *basado en reglas*, pero aplicable a un individuo que se aleja de modo duradero del derecho y que, de este modo, no garantiza un mínimo cognitivo de seguridad de que su comportamiento resultará adecuado a la vigencia fáctica de una norma. En razón de ello, estos sujetos habrían de ser neutralizados, pues no ofrecen la suficiente seguridad cognitiva que requiere garantizar un sujeto para ser tratado como persona, lo que supone una *exclusión regulada* por normas jurídicas. Frente a esto, el derecho penal de enemigos lleva intrínseco un elemento bélico, en tanto, se plantea que el Estado sostiene una *guerra* contra sus enemigos, un combate permanente, pero esto solo para garantizar la pervivencia del mismo, del *statu quo* de vigencia de la norma, e, incluso, de la misma forma de organización estatal.

Por otra parte, Jakobs sostiene que ello obedece a un –supuesto– principio de racionalidad kantiana, según el cual, cualquier sujeto puede obligar o compeler a otro a que se adhiera a las normas que prevén garantías y normas dadas, a su vez, por el Estado. A ello se denomina una “constitución ciudadana” a la cual han de sujetarse todos los miembros de la sociedad. Sin embargo –y esto merece todas las objeciones del caso–, Jakobs afirma que en razón de ello se justifica la exclusión: hay unos sujetos que por principio no se dejan ni coaccionar ni compeler, y que por tanto no quieren hacer parte de la *constitución ciudadana*. No permiten la comunicación con el sistema. Ellos significan perturbación y, por tanto, han de ser excluidos. Las normas del derecho penal de enemigo, en ese sentido, deben separarse estrictamente de las que regulan la conducta de los ciudadanos, puesto que, así se podría persistir cada vez más en tratar a quienes se niegan a entrar en la *constitución ciudadana* como *personas* de derechos.

<sup>7</sup> Jakobs caracteriza esto como defensa frente a riesgos futuros, a diferencia del enjuiciamiento de los hechos cotidianos, propio de un derecho penal de ciudadanos; ver: Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel (2005). *Derecho penal del enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. 70 pp.

<sup>8</sup> Jakobs, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch. p. 58.

También menciona una diferenciación entre la pena en el Estado, que supone el quebrantamiento de un orden existente por el delincuente y que ha de ser estabilizado por la vía de la imposición de la pena; y la de una *pena en el estado de naturaleza*, que resulta siendo una coerción, esto es, el mismo uso de la fuerza contra aquél que resulta excluido de la sociedad –o mejor, del orden deseado por todos–. Jakobs sugiere que es posible que no resulte ilegítimo obligar a otro a acogerse a un estado de juridicidad, esto es, en términos kantianos, a la *constitución ciudadana*.

La ciencia del derecho penal, a sentir de Jakobs, debe encaminarse a diferenciar y estructurar los diferentes tratamientos jurídico-penales planteados en un contexto de internacionalización del derecho y de influencia de criterios de eficiencia económica en el derecho penal. De lo contrario, afirma, podría “perderse a sí misma”.<sup>9</sup>

En estas diferenciaciones amigo –ciudadano– y enemigo –individuo no sujeto a derechos–; y derecho penal de ciudadano–derecho penal enemigos, se enmarca lo referente a la teorización jakobsiana que se ha intentado esbozar hasta el momento. A continuación se expondrán los asuntos más relevantes desde lo filosófico, lo político y lo jurídico.

#### 4. Algunos aspectos de los supuestos filosóficos presentes en Jakobs

Siguiendo al autor Portilla Conteras,<sup>10</sup> es posible indicar que resulta falsa la dicotomía *derecho penal de enemigos–derecho penal para ciudadanos*, en virtud de la cual las garantías quedan eliminadas. Jakobs, dice, en un trabajo presentado en un importante Congreso de profesores alemanes de derecho penal (1985), admitía excepcionalmente la construcción de un derecho penal de enemigos. Sin embargo, con posterioridad, este teórico vio la necesidad de su implantación, convirtiéndolo en regla: en Jakobs, dice con acierto Portilla, es más importante la defensa del Estado y su seguridad mediante el sacrificio de principios liberales y de categorías como la culpabilidad, la proporcionalidad y el *hecho*. En ese sentido, propone un cambio hacia un derecho penal de autor. Esto, a sentir de Jakobs, es solo un diagnóstico del cual él se asume como mensajero. No obstante, a más de describir, Jakobs termina por ofrecer también una *legitimación* a lo que considera una forma jurídica, legitimación, además, contractualista. El derecho penal dirigido a los enemigos implica, por lo demás, un continuo *estado de excepción* en el tratamiento frente a ellos.

<sup>9</sup> Ibid. p 61-63.

<sup>10</sup> Portilla C., Guillermo (2006). *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del “enemigo”*. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Editoriales Edisofer y Euros editores. págs. 662 y siguientes.

Por ello, los argumentos filosóficos que utiliza Jakobs son de índole contractualista, schmittiana y estructural-funcionalista.

Portilla<sup>11</sup> traza un interesante paralelo con Rousseau, en el sentido de que Jakobs comparte con éste la enunciación y conceptualización de la categoría *enemigo* como aquél que quebranta el pacto social y que ha perdido toda condición de sujeto moral en razón de dicha desvinculación al consenso. Ese sujeto, además, pone en peligro a los demás ciudadanos, por lo que deja de ser miembro del Estado y es objeto de aplicación del derecho a la guerra, la exclusión, e incluso, la muerte. La conservación del delincuente no es posible, para Rousseau, si se pretende conservar además el Estado.

A pesar de dicha vinculación, Portilla advierte que Jakobs ha señalado cierto distanciamiento frente a dichas tesis, en el entendido de que considera inadmisibles sostener que todo delincuente, por el hecho de serlo, pierde su condición de ciudadano, pues, si así pudiera admitirse, no se podría alcanzar ni la resocialización del individuo ni la reparación por el delito cometido.

Con respecto a la conexión que existe con Hobbes, para quien el Estado es constituido con el fin de garantizar la seguridad de los individuos que para ello someten su voluntad a la de otro, a su vez, por el temor de retornar al estado de naturaleza en que no es posible la existencia de una ciudadanía, el temor al castigo proporciona seguridad, no el contrato. Con ello, es la sumisión y la dominación de los súbditos lo que confiere poder al soberano. Si uno de los miembros del Estado –que le debe fidelidad a su soberano– es reacio a la cooperación en el pacto, es despojado del mismo, y retorna por esto al estado de naturaleza resultando legítima su destrucción por cualquier otro individuo o por el soberano mismo, el daño que recae sobre ese individuo, considerado a su vez como enemigo, no es injusto, ni se puede denominar castigo, pues si ese sujeto no actúa conforme a la ley, se le puede dañar o eliminar sin arreglo a las mismas.

De ahí que Hobbes, en la lectura de Portilla, también introduce una diferenciación similar a la introducida por Jakobs: el derecho penal aplicable a los súbditos y el derecho penal aplicable a los enemigos. Las transgresiones al pacto cometidas por estos los sitúan por fuera del derecho penal que en principio es aplicable a los súbditos, por ser enemigos del Estado, una amenaza a su pervivencia.

También con Kant posee una aparente vinculación, para quien la exclusión del enemigo deviene justificada en tanto la instauración de la *constitución ciudadana* antes aludida conlleva la obligación de pertenencia de todos quienes no desean retornar al estado de naturaleza bélico, lleno de hostilidades, esto es, al estado de constante antijuridicidad. No obstante, en palabras de Portilla, esto no resulta suficiente para delimitar al delincuente-enemigo y al delincuente-persona.

---

<sup>11</sup> *Ibíd.* p. 662.

Asimismo, según señala Portilla, las ideas jakobsianas del derecho penal y procesal penal se relacionan estrechamente con la concepción que de lo político sostiene Schmitt, en la medida en que este último distingue entre el extranjero, quien es enemigo colectivo legítimo, y el “otro” enemigo –el interior o rebelde– susceptible de persecución y eliminación, pues es necesario mantener el orden estatal que ha alterado. Las normas suponen un orden o una situación de paz, de seguridad, que ha de ser preservada por el Estado; de allí su poder de definición del enemigo.

En opinión de Portilla, Schmitt vincula la dicotomía amigo-enemigo a la preservación de lo político y a la misma diferenciación entre política exterior y política interior. Las estrategias para mantener el orden interno tocan entonces lo policial, lo que no es simple ficción teórica, pues resulta verificable en la realidad.<sup>12</sup> Pero la dicotomía amigo-enemigo, en opinión atinada de Portilla, es la base de la relación derecho penal de ciudadano–derecho penal de enemigos. Además de ello, se hace notorio que Jakobs asume el planteamiento de la posibilidad de decisión –definición o determinación– por el Estado de aquellos a considerar como enemigos, las medidas para combatirlos, y también –y como si no bastara con lo anterior–, la posibilidad de eliminarlos o, lo que es lo mismo, de disponer libremente de su vida. Dicho combate habría entonces de llevarse a cabo fuera de la constitución civil, esto es, sin las leyes y parámetros estatales: se da en el estado de naturaleza –mediante las armas–, como consecuencia de la negación de un estado de juridicidad o de vigencia de la norma. Por ello, quien hoy es susceptible de catalogarse como enemigo es, entre otros, el individuo terrorista, quien con su conducta no ha garantizado ni garantizará cognitivamente que su conducta resultará conforme a las normas.

La peligrosidad es noción obligada para este esquema de pensamiento que plantea una lucha indiscriminada contra el terrorismo, en virtud de la cual los enemigos (terroristas) son no-personas de modo absoluto, esto es, su condición como ciudadanos es imposible de conferírseles. Se le confiere entonces a este derecho penal de enemigos unas reglas diferentes que implican la supresión de garantías procesales –mediante, por ejemplo, el aislamiento del procesado–; un estado de criminalización previo materializado como adelantamiento de la punibilidad de hechos no solo ya realizados sino por realizar, y la creación de delitos de peligro abstracto, relacionados con organizaciones criminales o terroristas, lo que significa una “lucha” contra la comisión de conductas peligrosas.

Desde la perspectiva luhmaniana, por ejemplo, la fundamentación de la concepción de la persona se basa en una comunicación supraindividual, que es supuesto para la interacción entre los individuos y para el funcionamiento del conjunto de la sociedad. Por ello, junto a la existencia de la persona, se incluye,

---

<sup>12</sup> El ejemplo a referir, aunque sea de paso, es la legislación antiterrorista vigente en cada país que adhiere a la denominada “lucha contra el terrorismo”.

además, la posibilidad de su exclusión: no todos participan en la comunicación que incluye conceptos como la libertad y la igualdad en la interacción individual, por lo que aquellos que se sustraen a la forma de interacción que supone el contrato social, son irrelevantes como personas;<sup>13</sup> estas no se conciben como sujetos que de modo autónomo son titulares de derechos. En ese sentido, el *status* de persona es eminentemente normativo, pues para Jakobs, según interpreta Portilla, el complejo normativo establece las características de juridicidad propias de las personas. Así, los deberes que el individuo tiene hacia la sociedad le confieren su estatus de persona, que, por lo demás, se interrumpe cuando éste se encuentra en imposibilidad de cumplir sus deberes con el grupo. La obediencia del individuo implica una satisfactoria interiorización de sus deberes sociales y su efectivo cumplimiento lo convierte en persona. Para la teoría de sistemas, el *todo* inventa o condiciona al *individuo*.

Sin embargo, Portilla, y en sí aquellos que bien podrían considerarse teóricos críticos de Jakobs, cuestionan la fidelidad estricta de éste a los planteamientos luhmanianos, en la medida en que existiría en Jakobs una aparente contradicción al afirmar desde la teoría de sistemas que el sujeto es determinado por un conjunto social, y que, a su vez, el sujeto penal existe por sí mismo y con libertad; tratando así como real al sujeto, mientras que para la teoría de sistemas no es más que una ficción o categoría normativa jurídica.

Las contradicciones que merece Jakobs, advertidas no sin fundamento por Portilla, consisten en afirmar que el verdadero peligro se encuentra en una interpretación o aplicación errónea de la teoría de sistemas al funcionalismo jurídico penal de Jakobs, y no en la existencia de organizaciones criminales ni de terroristas.

El fin que se le asigna a la pena consiste, en un derecho penal de ciudadanos, en mantener o restablecer la vigencia de la norma, y en un derecho penal de enemigos, en poseer el fin de combatir peligros representados en un sujeto amenazante para el orden establecido. En razón de ello, la legislación jurídico-penal deviene preventiva y emplea medidas de seguridad para marginalizar al individuo peligroso y a los riesgos creados por él para la generalidad.

Por eso, Jakobs afirma que la pena ha de dirigirse a personas de quienes predica una capacidad de actuar conforme a derecho, mientras que las medidas de seguridad se dirigen a los individuos peligrosos, lo cual implica una lucha o combate frente a los mismos y no una comunicación de la cual ese sujeto no es partícipe.<sup>14</sup> El sujeto delincuente ha infringido el contrato, por tanto, pierde todo derecho a gozar de sus beneficios. De ahí su tratamiento diferenciado, puesto que ya no vive con los demás dentro del estado de juridicidad; hay un desviado por principio, y no uno simplemente ocasional.

<sup>13</sup> *Ibíd.* p. 674.

<sup>14</sup> Jakobs, Cancio. *Op. cit.* pág. 19.

En suma, Jakobs intenta legitimar y no sólo describir los supuestos de una teoría jurídico-penal que acoge como presupuesto la excepción presente en la obra schmittiana, así como un estado de guerra permanente contra quien actúa, por principio, de modo injusto. De ahí que lo que se plantea como el retorno a un estado de naturaleza es, por supuesto, el argumento utilizado en semejante esquema de pensamiento funcional radical para cimentar un tratamiento desigual e instrumentalizador al *sujeto excluido*.

## Referencias bibliográficas

Alcácer Guirao, Rafael (2004). *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. págs. 167 y siguientes.

Jakobs, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch. págs. 53-64.

Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel (2005). *Derecho penal del enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. págs. 17 y siguientes.

Portilla C., Guillermo (2006). *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del "enemigo"*. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Editoriales Edisofer y Euros editores. págs. 662 y siguientes.

## Comentarios a propósito del artículo “*Los orígenes de la contestación universitaria en Medellín entre 1957 y 1968*”

Ramiro Montoya\*

A continuación se presentan los comentarios realizados por el señor Ramiro Montoya, a propósito de la publicación del artículo “*Los orígenes de la contestación universitaria en Medellín entre 1957 y 1968*”, del profesor Juan Carlos Celis Ospina, publicado en el primer número de la revista electrónica Diálogos de Derecho y Política. Dicho artículo puede ser consultado en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/2107/1826>

El texto del correo electrónico enviado por el señor Montoya es el siguiente:

\*\*\*\*\*

Madrid, 25 de noviembre de 2009

Profesor Celis:

Delante de mis ojos pasan tal cantidad de tergiversaciones, exageraciones y falsedades acerca de Estanislao Zuleta, la convulsa época en que desplegó su actividad intelectual y sus compañeros de generación, que he optado por dejar que trascurren hacia el olvido. Excepcionalmente leo y analizo alguno de esos textos, como ha ocurrido con el suyo, por la simpatía que me despierta su publicación en una revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, donde estudié entre 1953 y 1955.

---

\* Bachiller del Liceo de la Universidad de Antioquia (1952). Inició estudios de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, que luego terminaría en la Universidad Libre de Bogotá. Ha publicado cuentos y otros textos en *Letras Universitarias*, *Crisis y Junio* y trabajos más elaborados en los suplementos de *El Colombiano* y *El Tiempo* y en *La Calle y Mito*. A partir de 2003 colabora en la revista *Al Margen*, con cuentos, ensayos y selecciones de sus diccionarios. Otros artículos, crónicas y cuentos suyos han aparecido en diversas publicaciones de Colombia y España. Algunas de sus obras son: *Madrileño Urgente para Colombianos*, diccionario del castellano coloquial en España (2003); *El Parlache*, *Jerga de Marginados* (2005); *Diccionario Comentado del Español Actual en Colombia* (2005); asimismo, la selección de sus cuentos y relatos fue publicada por la Editorial Universidad de Antioquia en el año 2008 con el título *A este lado del mundo*. Actualmente reside en Madrid (España), donde dirige las revistas *Raíz Emprendedor* y *Raíz Colombia*. Correo electrónico: [rmontoya66@telefonica.net](mailto:rmontoya66@telefonica.net)

Pertenezco a la generación de Zuleta: en la época de adolescentes y primera juventud, entre 1950 y 1965, compartí con él experiencias, inquietudes intelectuales, vida de café en Medellín y Bogotá y hasta pensión en la calle 13 de la capital.

Desecho hacer referencia a la globalidad de su artículo, que como enfoque me parece sesgado y como relación de hechos, lleno de verdades a medias, confusiones e inexactitudes. Pero sí quiero pedirle que rectifique sus afirmaciones sobre el periódico *Crisis*, al cual su artículo se refiere de manera precipitada. Como existe la prueba documental de los 12 números publicados, me queda muy fácil afirmar que la intervención de Zuleta en esas ediciones ha sido inventada por usted y en ningún momento llegó a ocurrir.

Este distanciamiento de la verdad, con desprecio de los hechos, los testimonios y los documentos, pertenece a un proceso de idealización del personaje y a la manía de atribuirle a Zuleta actividades e influencias que nunca tuvo, a lo cual se dedica en Colombia un grupo de personas que con ello hacen un flaco favor a la importancia que realmente ejerció en nuestra vida intelectual.

Como tengo muy buena memoria, guardo documentos e investigo puntualmente algunos temas de esta época, con todo respecto, hago estas observaciones a su artículo:

1. Dice su texto: “Como germen de las ideas y el prototipo de intelectual de la contestación universitaria paisa es de destacar la célula del Partido Comunista Colombiano que tras los acontecimientos del 10 de mayo de 1957 empieza a publicar el periódico quincenal *Crisis*, con un público de obreros y estudiantes y dirigido por un trío de intelectuales autodidactas conformado por Estanislao Zuleta, Mario Arrubla y Delimiro Moreno...” (Pág. 4).

Le aclaro: *Crisis* no empezó a publicarse por decisión de ninguna célula del Partido Comunista, aunque en sus últimas ediciones si tuvo influencia y estuvieron en la redacción algunos militantes. *Crisis* no era quincenal y salió a la luz pública antes del 10 de mayo de 1957. Y sobre todo y le subrayo Estanislao Zuleta no estuvo nunca en su dirección, en su comité de redacción solo figura en el número 7, y si escribió alguna línea en ese periódico, no la firmó.

Le transcribo el párrafo pertinente de mi artículo “*Adolescencia de un memorioso y crónica de una generación*”, publicado en revista *Al Margen*, Nro. 23 de 2007, pág. 23:

“Algunos biógrafos y cronistas han querido convertir la figura de Zuleta en una especie de agujero negro que atrae y absorbe los ideales, las tentativas, las realizaciones (también las frustraciones), los protagonismos y hasta muchas de las anécdotas de la generación a la cual perteneció. Los párrafos siguientes buscan restablecer un par de verdades objetivas en relación con el periódico *Crisis*, fundado en Medellín en 1956 por Virgilio Vargas, Ramiro Montoya, Delimiro Moreno y Mario Arrubla. En realidad eran estos dos

últimos quienes llevaban el peso de la redacción. Nos acompañaron en los primeros números, Ramiro Jaramillo y Bernardo Muñoz. En la “manchette” del periódico apareció siempre un Comité de Redacción en el cual, de un número a otro, se producían algunos cambios, pero es de observar que el nombre de Estanislao Zuleta en ese comité, puramente nominal, no figura sino en el número siete, de doce números que de *Crisis* se publicaron. En ninguna edición de *Crisis* aparecen artículos escritos por Zuleta, por lo que puede decirse que su relación con tal periódico se redujo a ser amigo de quienes lo fundaron y lo escribían. Zuleta fue ciertamente un entusiasta lector de *Crisis*, en Medellín y Bogotá, a donde le fueron llegando los ejemplares que con empeño tenaz publicaron sus verdaderos editores, hasta que el periódico dejó de publicarse en los comienzos de la década del sesenta.”

En el mismo número 23 de la revista *Al Margen* y sobre la imaginaria intervención de Zuleta en *Crisis*, FR Monteche en su artículo “Estanislao Zuleta destilado en agua del Corán”: incluye este párrafo, en pág. 115:

“Tampoco es cierto que el periódico *Crisis* llegó a tener quince ediciones, ni fue creado por la célula 40 del partido comunista en Medellín (...) Los inventos e imprecisiones quedan en evidencia frente a datos documentados y confrontables: Zuleta no escribió ni una solo artículo en *Crisis* y su nombre únicamente aparece en el Comité de Redacción del número siete. La verdad es que se limitaba a leerlo desde Bogotá, donde vivió a partir de 1956, y su vinculación se reducía a ser amigo de Mario Arrubla, Delimiro Moreno, Ramiro Montoya y Virgilio Vargas que lo habían creado; los número iniciales fueron escritos principalmente por Arrubla y Moreno.”

2. Dice su texto: “El protagonista de la escena era Estanislao Zuleta, quien tenía como cuartel general el bar Miami y compartía con otros cenáculos intelectuales escenario en el café La Bastilla, en Junín contiguo al Parque de Bolívar.” (Pág. 5).

Le pregunto: Si su artículo se contrae el período 1957-1968, cuando Zuleta vivía en Bogotá y Cali, ¿cómo podía ser el protagonista en Medellín? A los muchos dones que tenía y a otros que le han inventando, ¿quiere agregarle usted el don de la ubicuidad?

Advierto: Algún lector puede tomar su desconocimiento de la dirección del café La Bastilla como indicio de nula información sobre la vida intelectual de Medellín en la época de Zuleta y en años recientes, cuando todavía existía ese cenáculo.

3. Dice su artículo: “La redacción del quincenario *Crisis* se hacía entre el trío de autodidactas antes mencionado y la colaboración de jóvenes estudiantes de la época como Virgilio Vargas (estudiante de la Facultad de Medicina de la de Antioquia) y Rómulo Jaramillo (estudiante de la Facultad de Derecho de la misma universidad), y se distribuía en las fábricas, colegios de bachillerato y universidades. Su primera edición se remonta al 1 de junio de 1957, sólo 20 días después del Paro Nacional contra Rojas, cuando los comunistas empiezan a reaparecer públicamente”. (Pág. 5).

Le aclaro: Rómulo Jaramillo no fue estudiante de la Universidad de Antioquia, si no de la Medellín y del Externado en Bogotá. La “colaboración” que usted atribuye a Virgilio Vargas es un reiterado desconocimiento y falta de respeto por quien fue el director de *Crisis*. Finalmente ¿De dónde tomó esa extraña fecha del primer número? Y ¿De dónde sacó los demás inventos sobre la historia de un periódico que fue el esfuerzo y el talento de una generación y en ningún caso de un “director” acomodaticio al cual adhiere su artículo?

Atentamente,

Ramiro Montoya  
rmontoya66@telefonica.net